

“AÑO DE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA SALUD”

UNIVERSIDAD PERUANA DEL CENTRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

UNIVERSIDAD PERUANA
DEL CENTRO



TESIS

**ESTUDIO DE LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS
Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PERU**

**Para optar el título profesional de
ABOGADO**

Presentado por el bachiller:

JULIO CESAR AYALA GOMEZ

Asesores:

ABG. CHRISTIAN HELDRICH, GAMARRA BAUTISTA

DR. DEYBE EVYN VIERA PERALTA

HUANCAYO – PERÚ

2021

DEDICATORIA

A todas las personas que sufren maltratos a sus derechos humanos y/o fundamentales

Julio.

AGRADECIMIENTO

A todos mis familiares , colaboradores y docentes de la
Universidad Peruana del Centro.

Julio Ayala.

ÍNDICE

PORTADA.....	i
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
ÍNDICE.....	vii
RESUMEN	ix
ABSTRACT.....	xi
INTRODUCCIÓN	xiii
CAPÍTULO I : PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	16
1.1. Planteamiento del problema	16
1.2. Formulación del problema.....	32
1.2.1. Problemas General	32
1.2.2. Problemas Específicos	32
1.3. Objetivos : General y Específicos	32
1.3.1. Objetivos General	32
1.3.2. Objetivos Específicos.....	32
1.4. Justificación de la Investigación.....	32
1.4.1. Justificación teórica.....	32
1.4.2. Justificación práctica.....	33
1.4.3. Justificación social	33
1.5. Limitaciones de la Invetigación.....	33
CAPITULO II : MARCO TEÓRICO	35
2.1. Antecedentes de la investigación.....	35
2.1.1. Antecedentes de los derechos humanos	35
2.2. Bases teóricas	44

2.2.1. Sustento teórico de la variable: derechos humanos	44
2.2.2. Sustento teórico de la variable: derechos fundamentales.....	59
2.3. Definición de términos básicos.	95
2.4. Hipótesis	98
2.4.1. Hipótesis General.....	98
2.4.2. Hipótesis Especificas	98
2.5. Operacionalización de variables.....	98
Capítulo III : METODOLOGÍA O PROPUESTA A PLANTEAR.....	99
3.1. Metodología.....	99
3.2. Diseño de la Investigación.....	99
3.2.1. Descripción de los Instrumentos utilizados	100
3.3. Muestra	102
3.4. Métodos y técnicas	103
CONCLUSIONES	107
RECOMENDACIONES.....	108
BIBLIOGRAFÍA	109

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como propósito establecer, de que manera los fundamentos de los derechos humanos influyen en los derechos fundamentales en el Perú.

Se delimita el espacio en tratar de hacer el estudio en nuestro país, pero eso no quiere decir que, no se haya referido a doctrina internacional ya que, los derechos humanos están establecidos para su aplicación en todo el mundo, en cambio los derechos fundamentales estas para cumplirse en un país, y, que para la presente investigación tomamos como referencia nuestra Constitución Política que viene rigiendo desde el año 1993.

Los derechos humanos son principios fundamentales que surgieron después de la segunda guerra mundial, para la creación de Estados que tengan una constitución democrática, justa y con respeto a la humanidad, esto quiere decir que, los derechos humanos sean respetados y cumplidos por todos, esto por lo menos es el papel, porque durante los siglos pasados no se cumplieron en absoluto, casi ningún derecho, por diferentes formas de pensar del ser humano, aunque ha pasado poco tiempo siempre se busca que los derechos sean respetados en su núcleo duro, por lo menos, para así, poder desarrollar Estados Constitucionales y democráticos, en su desarrolla social.

Los derechos fundamentales están impresos en nuestra Constitución Política vigente que busca el bienestar social, implementando en el artículo 2° los derechos fundamentales protegidos por el Estado, la sociedad y las personas, además tenemos el artículo 3° de la Constitución Política donde se protege los derechos fundamentales que no están descritos en el artículo 2° de nuestra Constitución Política.

Que, para que los derechos fundamentales sean respetados y empoderados debemos proteger y respetando los derechos humanos, porque, de una y otra manera serán ellas que por lo menos el ser humano tenga aun trascendencia en el mundo, buscando mejores compromisos de los que dicen que respetan los derechos humanos y los que no lo hacen, lo hagan par que

nuestra sociedad sea una sociedad más equilibrado y llevadera, sin muchas diferencias de clases y sociales.

Palabras Clave: derechos humanos, derechos fundamentales, trato humano, derecho a la vida, derecho a la libertad de expresión, derecho al tiempo libre y al descanso, derecho a la libre circulación, derecho a la protección a la salud, derecho al trabajo, derecho a la libertad de catedra.l.

ABSTRACT

The purpose of this research work is to establish how the fundamentals of human rights influence fundamental rights in Peru.

The space is delimited in trying to do the study in our country, but that does not mean that it has not referred to international doctrine, since human rights are established for application throughout the world, instead fundamental rights these to be fulfilled in a country, and, that for the present investigation we take as reference our Political Constitution that has been in force since 1993.

Human rights are fundamental principles that emerged after the Second World War, for the creation of States that have a democratic constitution, fair and with respect for humanity, this means that human rights are respected and fulfilled by all, this at least it is the role, because during the past centuries almost no rights were fulfilled at all, due to different ways of thinking of the human being, although little time has passed, what is sought is that rights are respected in their hard core, at least, in order to be able to develop constitutional and democratic states, in their social development.

The fundamental rights are printed in our current Political Constitution that seeks social welfare, implementing in article 2 the fundamental rights protected by the State, society and people, in addition we have article 3 of the Political Constitution where the fundamental rights that are not described in article 2 of our Political Constitution.

That, in order for fundamental rights to be respected and empowered, we must protect and respect human rights, because, in one way or another, it will be them that at least the human being still has transcendence in the world, seeking better commitments than those who say that respect human rights and those who do not, do so so that our society is a more balanced and bearable society, without many class and social differences.

Keywords: human rights, fundamental rights, humane treatment, right to life, right to freedom of expression, right to free time and rest, right to free movement, right to health protection, right to work, right to academic freedom.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación titulado ESTUDIO DE LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. El cual es un tema indispensable y fundamental para el conocimiento de los derechos humanos y los derechos fundamentales, a saber cómo se originan, entonces veremos los fundamentos filosóficos tanto de fuentes internacionales y nacionales, precisando y definiéndolos, así como buscar su más profunda fundamentación filosófica y su más adecuada y eficaz protección jurídica que es una máxima para nuestros tiempos.

Es que, a pesar de una gran cantidad de literatura jurídica escrita sobre los derechos humanos y los derechos fundamentales, y de los más variados que se tiene a nivel de los órganos internacionales, dichos derechos siguen siendo desconocidos y violados por la gran mayoría de los Estados del mundo, en especial por los países que se dicen ser del primer mundo o también llamados desarrollados. Parece ser una significación fatalista y muy lamentable de nuestros días, la escasez de congruencia entre lo que se piensa, entre lo que se declara y lo que en verdad se realiza. Es la expresión de esa vida inaudita, que como mal de nuestra época han denunciado grandes pensadores como Marx, Nietzsche, Mariátegui, Haya de la Torre. Donde todo ellos contribuyeron a configurar la triste y frustrante imagen de un mundo en el que, lo científico y los descubrimientos han sido y sigue siendo un prodigio para la humanidad, pero en cambio grandes retrocesos en el cuidado y práctica de los valores morales, éticos y jurídicos.

Hoy se atacan los derechos humanos y los derechos fundamentales por todos sus frentes tanto de los que dicen que se tiene que proteger los derechos humanos y derechos fundamentales y los que no lo proclaman como fuente inherente al ser humano, ya sea de izquierda o de derecha, si no también de los que se llaman demócratas. Pareciera que, lo que se ha logrado propagar en todos los estamentos de gobierno, de deferentes tendencias, una

tendencia filosófica inhumana que los llevaría a pasar por encima de la dignidad y de libertad de las personas para la realización de sus planes de mejora colectiva. Hay un fuerte predominio del personalismo sobre el bien social. La conceptualización del individuo en su calidad de subordinación hacia el Estado, sigue una proyección sombría sobre el horizonte de la política de nuestro futuro.

Por ello adquiere importancia inusual el presente trabajo de investigación los fundamentos filosóficos y jurídicos de los derechos humanos y los derechos fundamentales, no sólo para conocerlo si no, hacer una defensa de ellas ante la amenaza de liberalismo, que nos quieren hacer creer que son los defensores de los derechos humanos y los derechos fundamentales. Entonces tenemos el trabajo de la creación de una conciencia humana de nuestro tiempo y fortalecer según el caso, la ingente necesidad de luchar por una cautela efectiva y vigente de esos derechos en todo momento y circunstancia que marque la vida: no sólo como actividad política, si no en nuestras fuerzas armadas, en las escuelas, colegios, a los profesionales, en las empresas, y en la comunidad en general.

Por ello haremos un estudio de los pueblos civilizados del mundo desde la antigüedad hasta nuestros días. Ya sea de regímenes de tendencia despótica o absolutista, donde la voluntad omnipotente de los gobernantes es la ley suprema y donde los gobernados – es decir el pueblo - no pueden hacer otra cosa que optar por el sometimiento y la obediencia, como lo ocurrido en el oriente (sobre todo en el antiguo oriente) y en otras épocas del mundo antiguo como la civilización Griega o el Imperio Romano, la característica de éstas civilizaciones, convertidas posteriormente en sociedades avanzadas, fue la de siempre reconocer la imperiosa necesidad de la participación de la ciudadanía en las políticas integracionistas de estos gobiernos. Por otro lado, los derechos de los integrantes de la “polis” o de la “civitas” para intervenir en la vida comunitaria y en la elaboración legislativa fueron los cimientos del constitucionalismo clásico. Es allí, donde se podría decir que, se inicia recién la protección de

los derechos de los seres humanos, en la vieja civilización mediterránea. Pero ¿era realmente una auténtica filosofía humanista? Creo que no. Esa filosofía se fue perfeccionando a lo largo de los siglos, a través de grandes luchas y esfuerzos que vamos a tratar de interpretar y explicar detalladamente en la presente investigación.

El Autor.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema

En la antigüedad era evidente el desconocimiento de la dignidad de la persona humana, en la antigüedad greco romana, inclusive donde después de afloraban estudios y hallazgos donde se encontraron declaraciones hechas por los clásicos filosóficos de la antigüedad, como Sócrates, Platón y Aristóteles, pero sobretodo en los diálogos de Platón, quién en sus obras de Ética y Política, se evidencia que, no llegó a tener una idea clara y precisa de la dignidad del hombre, entendido como individuo; y, consecuentemente de sus respectivos derechos ya sea de cara a la sociedad o de cara a la autoridad política. Se consideraba siempre que, los hombres formaban parte de una comunidad y por tanto pertenecían a ella (estos es como partes de un todo). La comunidad era quien tenía la primacía absoluta sobre los hombres y correspondía a estos, el deber de obediencia respecto de las leyes de la misma; incluso cuando éstas fueran injustas y causaran indignación, ahora remitámonos por ejemplo a Sócrates, quién fue víctima de una acusación sin ningún tipo de fundamento. Se vivía en una suerte de impersonalismo absoluto, en donde no se podía concebir los derechos humanos que debían de ser respetados por todas las autoridades públicas.

Es sabido que, en las principales obras de Platón y Aristóteles se hallan alusiones a la necesidad de que las leyes positivizadas se adecuen a las exigencias espirituales y morales del ser humano, como por ejemplo el criterio de justicia. En el caso de Platón, donde escribe que, los humanos prefieren soportar con suma paciencia las mayores vicisitudes antes que pertenecer a un Estado, en donde dichas instituciones signifiquen una suerte de degradación moral de su ser. En términos generales, se puede considerar que la “polis” resultaba siendo una instancia donde se perfeccionaba la naturaleza humana, por tanto el significado del fin de la ciudad se identificaba intrínsecamente con el fin de los ciudadanos, lo que lo conllevaba a su plenitud, por lo tanto, estos no tenían ningún tipo de derecho que pueda ser invocado frente al gobierno de una ciudad. (Fundamentación filosófica de los derechos humanos ¿personalismo o transpersonalismo?, 2009).

Los estoicos fueron quienes empezaron con la enseñanza del camino de los derechos humanos.

Esas son las llamadas escuelas éticas, las mismas que anteponían a toda investigación política, la premisa de la búsqueda de la felicidad del individuo, siendo de éstas las más destacadas: la epicúrea y la estoica. Esta última cultivó una filosofía severa y elevada, la misma que optó como ideal al hombre sabio, y su prédica se orientaba a que una ley natural universal a la que se tendría que adherir todo hombre por el uso propia razón.

Con la idea de la razón universal, la filosofía de los estoicos abrió otras perspectivas del desarrollo humano. Entonces, el hombre no fue ya solo el ciudadano de la polis, sino que se convirtió en un miembro de una comunidad universal. Asimismo, se acentuó la idea de la dignidad de todo lo que tiene rostro humano, enfocándose sobre todo en el valor natural de la libertad y de la igualdad. Esta premisa fue sembrada en Grecia y Roma por mentes selectas,

tales como Cicerón, que fue uno de sus más grandes difusores, así como los célebres Séneca, Epícteto y Marco Aurelio.

El Derecho natural, en efecto, es un término que a lo largo de su dilatada trayectoria histórica ha recibido una profusa variedad de significados; de ahí nace su tantas veces aludida múltiple concepto. Pero es que, además entre esa multiplicidad de concepciones del Derecho natural existen numerosas contradicciones lo que da lugar a la radical equivocidad de la expresión.

La variedad de concepción del derecho natural es hasta tal punto numeroso que Erik Wolf, Erik; ha podido distinguir doce formas distintas de concebir la noción de naturaleza en el término de derecho natural, y diez acepciones diferentes de la noción de derecho en la formación de aquel concepto (Das problem der naturrechtslehre, 1958).

En la praxis lingüística de los filósofos, de los juristas o incluso en el lenguaje común. Por ello el análisis lingüístico se lleva a cabo en términos de definiciones léxicas, destinadas a poner de relieve el significado usual de ciertas palabras o expresiones revelando, en su caso, su grado de univocidad. Desde este ángulo y acudiendo a efectos puramente taxonómicos a la teoría aristotélica de la causa, pueden ordenarse las diferentes definiciones del derecho natural, empleado en diferentes ámbitos históricos o culturales, en función de su respectiva causa material, formal, eficiente y final de acuerdo con el siguiente cuadro:

Causa material naturaleza.

Causa formal histórica o inmutable.

Causa eficiente razón o voluntad.

Causa final teológica o laica.

La expresión derecho natural con referencia a su causa material alude, de una u otra forma, a la idea de naturaleza; naturaleza del ser supremo en su proyección mundana y de la

que el hombre participa, naturaleza racional del hombre con independencia de la idea de la divinidad y naturaleza del mundo físico de la que el hombre participa por hallarse en el mundo. También el derecho natural puede presentarse bien como el recurso a un orden absoluto e inmutable de principios válidos, así como la apelación a un conjunto de reglas que se acomodan a las concretas exigencias de lugar y tiempo. En consideración a su causa eficiente los principios del derecho natural se entenderán como derivados de la razón o de la voluntad, sea divina o de los hombres. Y en cuanto a lo que atañe a su causa final el derecho natural puede aludir bien al cumplimiento del plan divino en las relaciones interhumanas, bien a posibilitar esas relaciones de acuerdo con una concepción inmanente de la justicia.

Para Henrich Hubmann, el sentimiento jurídico constituye el itinerario ineludible para arribar al conocimiento del derecho natural, que tal sentimiento supone el punto de conexión entre el universo de los valores y el mundo jurídico, por ello el derecho natural lo representa.

Uno de los errores que, en mayor medida, ha contribuido a desacreditar la función histórica iusnaturalista reside en un anacrónico interpretativo por el cual se considera necesario lo que había sido en una época conveniente. Este defecto, en el que no acostumbraron a incurrir los principales exponentes del iusnaturalismo, fue común entre autores de menor importancia, y determinó el progresivo anquilosamiento del derecho natural, bajo cuyo epígrafe especialmente con el declinar del siglo XVIII se trataron problemas que nada tenían que ver con las inquietudes ético-jurídicas del momento. Muchos de los tratados de la época se reducían a unos códigos de casuística moral en los que se presentaban como derechos naturales las opiniones más arbitrarias e infundadas (Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho, 2007).

En otras ocasiones, al amparo de la rúbrica del derecho natural se presentaban unos sistemas completos reguladores de la vida jurídica cuya principal limitación residía en haber sido elaborados al margen de cualquier fundamento empírico, con lo que no pasaban de ser

pura abstracción, el derecho natural sirvió también de marco para áridas recopilaciones de controversias clásicas sobre argumentos que habían perdido ya su primitiva actualidad, convirtiéndose en catálogos de vana erudición.

En otras ocasiones, al amparo de la rúbrica del derecho natural se presentan unos sistemas completos reguladores de la vida jurídica cuya principal limitación residía en haber sido elaborados al margen de cualquier fundamento empírico, con lo que no pasaban de ser pura abstracción. El derecho natural sirvió también de marco para áridas recopilaciones de controversias clásicas sobre argumentos que habían perdido ya su primitiva actualidad, convirtiéndose en catálogos de vana erudición.

El iusnaturalismo debe evitar incurrir de nueva en estos errores que abonaron el campo para crítica positivista del siglo XVIII y principios del actual. Si, como ha escrito Wolf, la teoría del derecho natural es consecuencia de las cuestiones fundamentales del ser.

También Renato Treves, nos ha brindado una precisa caracterización del espíritu crítico, entendiéndolo como aquel impulso que conduce al hombre de ciencia y de cultura a rechazar cualquier afirmación dogmáticamente impuesta o arbitraria, así como cualquier conclusión precipitada, y lo conduce a no considerar nunca como definitivos e irrefutables los resultados de la propia investigación.

Esta actitud crítica respecto a las propias construcciones y abierta a las exigencias de la historia es la más adecuada para un derecho natural que sin renunciar a su denominada dimensión utópica, referida a su función renovadora de la vida jurídica en su lucha por la dignidad humana, eluda caer en la deformación ideológica. Se trata de evitar que las tesis iusnaturalistas se conviertan en meras superestructuras enmascaradoras de la praxis social y encaminada a legitimar, consciente o inconscientemente, intereses de determinadas personas o grupos, según la conocida versión peyorativa del término ideología. Es preciso que las teorías iusnaturalistas eludan los peligros del dogmatismo y de la ideologización para,

mediante la reflexión crítica, perfilar cada vez con mayor nitidez su estatuto teórico (Esbozo de una sociología del derecho natural, 1949).

Entonces el derecho natural es el conjunto de valores previos al derecho positivo, que deben fundamentar, orientar y limitar críticamente el derecho positivo en cuanto puesto o impuesto con fuerza vinculante por quien ejerce el poder en la sociedad. Se trata de derechos con un significado y un estatus deóntico diverso (el derecho positivo entraña obligaciones exigibles coactivamente por el poder estatal, lo que no ocurre con las que emanan del derecho natural, cuya fuerza vinculante se halla supeditada a su arraigo en la sociedad), pero no necesariamente incompatible o independiente; porque todo derecho natural tiende a positivizarse, y todo derecho positivo, en la medida en pretenda ser justo, debe ser conforme al derecho natural.

El derecho positivo, viene a ser el derecho puesto o impuesto, que emana de quien ejerce el poder en una sociedad y por tanto, válido en su ámbito. La idea sobre una distinción entre el derecho impuesto o puesto a través de una norma que exprese la voluntad de una determinada autoridad y consecuentemente las leyes que expresan la idea de justicia natural, se asomaba ya en la época griega clásica, manifestada a través de los sofistas.

Aunque la idea del derecho positivo, dentro de la cultura jurídica, se tendría que remontar al pensamiento clásico greco-romano, siendo su expresión terminológica, el denominado *ius positivismo*, el mismo que apareciera durante el siglo XII, el mismo que fuera utilizado por Abelardo Kuttner. Es así que, a partir de ese momento, los términos derecho positivo o ley positiva o positivizada, son con frecuencia usados para referirse a las normas prescritas entendidas como válidas en una determinada sociedad. Actualmente, las distintas concepciones del derecho positivo son: la concepción *iusnaturalista*, que considera al derecho positivo como necesario para concretizar, determinar y conseguir garantizar el cumplimiento exigente de la justicia, la cual es encarnada dentro del derecho natural; este

actúa como fundamento y límite de los contenidos normativos del derecho positivo. La concepción positivista, que identifica al derecho, cuya validez se encuentra cifrada en una adecuada producción formal de sus propias normas por el un ente denominado Estado, las mismas que se expiden de conformidad con los procedimientos previstos por las normas superiores del propio ordenamiento jurídico positivizado, lo que permite, en un ámbito ideal, poder identificar las normas que le pertenecen, asegurando un nivel unidad, un nivel jerárquico coherente respecto de dicho ordenamiento. La concepción realista, que pone el énfasis en un poder que sea capaz de asegurar de forma eficaz del derecho positivo, la misma que, considera sus normas como imperativos que sancionan por medio de la coacción, esto es en la medida en que son aplicados por los tribunales y son cumplidos por las personas que serán sus destinatarios.

Resulta siendo razonable que una discusión que verse sobre los fundamentos de los derechos humanos vaya siendo precedida de un análisis meramente semántico respecto de los documentos internacionales en los que se reconocen y reafirman estos derechos. Este proceder tiene una serie de ventajas, en particular dos en especial, por un lado, parte de los textos que han sido suscritos por casi todos los Estados del planeta; por otro lado, se tiene un espacio de discusión para los estudiosos de la filosofía, juristas y politólogos que han contribuido a una formación intelectual diferenciada. En ese contexto, es necesario analizar la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948, así como las convenciones de realizadas en el año 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Los derechos humanos y la constitución soviética).

El Profesor Ch. Taylos, prominente maestro de la Universidad de Oxford, ha buscado mantenerse dentro de los límites de lo que él denomina la cultura legal. Los cuales, considerados de esa forma, abarcan a todos los derechos invocados en dicha cultura, así

tenemos que, todos los derechos invocados, resultan ser derechos subjetivos, en el más amplio sentido, busca que se les reconozcan a sujetos que son, es decir individuos, pero también son los colectivos no estatales. Los derechos consisten, en esencia, en el reconocimiento del individuo o de grupos internos de la sociedad, en la posibilidad de colocar límites a la acción estatal, y por lo tanto el denominado poder reivindicativo de su derecho, y así, anular las decisiones contrarias del mismo. Ese poder legal, al que se hace referencia, el mismo que resulta siendo reconocido y puesto a disposición de los gobiernos y de las decisiones de colectivo y reconociéndose la capacidad de iniciativa tanto a nivel de los individuos como a nivel grupal.

El ensayo realizado por el profesor Humphrey, ha logrado mantenerse dentro de los niveles de la cultura legal. De este ensayo se ha señalado, para su posterior discusión, cuatro puntos a tener en cuenta, siendo éstos los siguientes: 1) el autor ha insistido en el carácter novísimo, revolucionario según dice, de la documentación que por primera vez se inscriben dichos derechos en la legislación internacional. Lo que significa, que hasta el momento, los derechos humanos competían a las relaciones entre los individuos o entre éstos individuos y los estados. Su inscripción dentro del derecho internacional, ha marcado un cambio fundamental en la historia práctica de dicho derecho, el mismo que, de ahora en adelante extiende su protección a nivel individual y colectiva no estatal. Un giro se produjo a partir de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, donde se establece que parte de sus funciones es la realización de la cooperación internacional, lo que equivale a decir que, lo que se busca es el desarrollo y estimulación del respeto a los derechos humanos, así como el respeto a las libertades fundamentales de todas las personas, sin hacer ningún tipo de distinción, ya sea por razones de religión, sexo, raza o idioma. La Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948 ha ratificado de forma solemne la inclusión de los derechos humanos en la legislación internacional; 2) los derecho enunciados en ambos

pactos, se han enunciado como derechos individuales, lo cual incluye derechos sociales tales como el derecho al trabajo, a la libre elección de empleo, a someterse a condiciones de trabajo justo y favorable al trabajador, lo que también implica la protección del trabajador contra el desempleo. Siendo así, no corresponde, oponer los derechos sociales a los derechos individuales, al menos en el ámbito jurídico: por otra parte, los denominados derechos económicos, sociales y culturales resultan siendo derechos de naturaleza individual; 3) estos derechos comportan ciertos límites y actos derogatorios, las mismas que deben ser determinadas por las leyes. Es cierto que, en estos casos faltan una serie de guías para interpretar las aportaciones realizadas por el mismo texto, verbigracia, cuando se referencian las limitantes, éstas son permitidas con el objeto de satisfacer el nivel de exigencia del logro de justicia o de orden moral u orden público y sobre todo de bienestar general dentro de una sociedad democrática. Es sabido que, la terminología utilizada tiene diversos sentidos; y 4) las leyes internacionales no significan ninguna disposición que buscan la imposición del respeto de esos derechos y así, castigar las violaciones aunque existan disposiciones para hacerlas cumplir, ya sea con la presentación y examinación de las denuncias; así también, rendiciones de cuentas periódicas de los diversos niveles del estado, ya sea respecto del cumplimiento de las obligaciones, conformación de comisiones investigadoras o la conformación de grupos de estudios.

Las reflexiones filosóficas comienzan con una interpretación. La misma que, conformada por la identificación de los contextos filosóficos iniciales que da una orientación a estos derechos, para luego pasar a instigar, en el caso de corresponder, el desarrollo en contextos más adecuados de línea filosófica así como la cultura original en que esos aparecieron.

Estas contribuciones son fundamentalmente las de los filósofos occidentales. Diversos autores anglosajones están de acuerdo cuando señalan conceptualmente a la Declaración

Universal de Derechos Humanos de 1948 y al menos el de los preámbulos de los Pactos de 1966 que derivan directamente de la filosofía del derecho la misma que, surgió de la revolución intelectual a finales del siglo XVII en Europa con Grotius y Locke, continuando luego en el siglo XVIII con los más conspicuos enciclopedistas como Montesquieu y J.J. Rousseau, para llegar posteriormente a Inmanuel Kant, terminando en el utilitarismo filosófico. Es decir, según la tradición filosófica, el poder de las decisiones pertenece al individuo, percibido como un poder propio, sin otorgarlo y sin concederlo. Entonces, el concepto de soberanía del individuo precede al concepto de la sociedad organizada en un Estado.

Las dificultades comienzan con la idea de los derechos inalienables. Mientras que, el derecho subjetivo es algo que implica al individuo como tal, el cual tiene el poder de renunciar a él. Resulta siendo necesario poner una limitante a estas libertades de renunciación para poder considerar a esos derechos en calidad de inalienables, esto es porque precisamente la lógica de los derechos subjetivos otorga, a los individuos el implícito de poder de modificarlos. Con este fin había que consideraran estos derechos mencionados como naturales, muy a pesar de la extraña noción de los derechos que habitan en la naturaleza.

A este respecto es instructivo el texto de Ch. Tuck el cual refiere una discordancia entre la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, siendo la lógica de los derechos subjetivos. En ella se menciona (citando a T. Jefferson) que se ha considerado como veredictos evidentes que todos los hombres han sido creados iguales y que se encuentran dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales se encuentran principalmente la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Pero, con la utilización de la lógica de los derechos subjetivos, todo rasgo moral de un individuo, incluso el rasgo de libertad, podría ser negociado y por tanto podría ser cedido.

Una de las razones para intentar fundamentar los derechos humanos sobre una cimentación jurídica nueva, la misma tiene que ver con la evolución que se tiene de la noción de derechos humanos, que han venido sufriendo desde el año 1948. Entre la Declaración de 1948 y las convenciones de 1968 no sólo han tenido una ampliación de la nomenclatura de los derechos, partiendo desde los derechos civiles: como el de libertad de expresión, el de asociación, el de libre creencia religiosa o los derechos ligados a aspectos jurisdiccionales como los procedimientos legales de acusación y el derecho a un juicio justo, los cuales han venidos siendo añadidos al universo de los derechos sociales y culturales, como el derecho al trabajo, a un ingreso digno, el derecho a una educación y trato igualitario, al acceso a una información veraz. De igual modo se han modificado las condiciones para ejercerlos. Por prioritarios requieren una interferencia nula del poder del estado y por tanto de una protección de dichos derechos, creando, consecuencias para los estados de obligaciones negativas. Donde estos últimos crean obligaciones positivizadas, en la medida que sólo resultan siendo realizables por medio de acciones sociales. La idea misma de los derechos humanos cambia de sentido desde el momento en que pierde prioridad la denominada libre iniciativa de los individuos, no sólo en relación con los derechos sociales de las personas, que son aún derechos individuales o derechos colectivos no estatales, sino también con lo relacionado a los objetivos sociales, que como discrecionalidad son definidas por los Estados.

V.D. Kudryavtsev, insiste en la predominancia del objeto social de su trabajo sobre los derechos humanos y la Constitución Soviética de la desaparecida Unión Soviética, esta contribución fue guiada de forma directa por la Unesco y por lo tanto no ha seguido el esquema del profesor Mathieu. En una investigación como está consagrada a los fundamentos filosóficos más que a expresiones de naturaleza jurídica de los derechos humanos, por tanto los interesa son los principios que se invocan por los jurisconsultos soviéticos, esto es en la medida en que han contribuido al desarrollo de su conceptualización en la Declaración y las

Convención de 1966, cuando mencionan que las libertades y derechos humanos tienen un carácter de naturaleza social; por estar históricamente condicionados, tendrán una variación con respecto de los cambios económicos, políticos, culturales y sociales con respecto de contexto de la sociedad en donde se desarrolla, mientras que, los derechos y los deberes de las personas son indisolubles, siendo que su cumplimiento y por tanto su protección resultan siendo indisolubles para su definición, por tanto estos derechos y deberes convergen con las obligaciones establecidas en los documentos internacionales mencionados.

Por otro lado, se reconocen las tesis del materialismo histórico, confrontadas con la noción de los denominados derechos naturales asociados a los individuos, ello para hacer frente a los convencionalismos puros que desconocerían las leyes de la dinámica social. Ellos señalan que, los derechos humanos vienen siendo determinados por la estructuración económica y de nivel social, así como por la composición estructural de las clases sociales, así como de la colectividad, por su elevado nivel cultural y por las características tanto en el ámbito nacional e histórico. Lo cual tiene como resultado todo cambio que puede afectar las oportunidades reales que permiten la estructuración social. Son precisamente dichas oportunidades reales las que las leyes expresas ubicadas bajo formas de derechos, libertades y deberes definidos legalmente. La Constitución se convierte así, en una manifestación privilegiada de la filosofía política y del orden jurídico que subyace en el sistema constitucional, esto quiere decir que, los derechos humanos aseguran una vida dentro de la normalidad impuesta en la sociedad y se encuentran establecidos por el estado de un sistema de derechos y demás deberes de orden legal.

Dados estos conceptos, no corresponde al autor soviético evaluar el grado en que estos derechos se aplican, protegen y sancionan en la realidad. Sin embargo el autor alude a este problema evocando el desarrollo ulterior del estatuto legal de los individuos en la Unión Soviética: la dirección general que debería seguir este desarrollo está perfectamente clara;

extender los derechos y las libertades de los ciudadanos en la legislación existente y de ese modo democratizar y hacer más eficaces las medidas y disposiciones existentes con vista a la implantación práctica de estos derechos y libertades. Sin embargo el desarrollo posterior incumbe todavía al aparato jurídico del estado. Esta presuposición es ilustrativa de la diferencia de interpretación a que se prestan los textos universalmente proclamados y ratificados y, en contrapartida la gran ambigüedad de estos mismos textos.

Es esta la que crea una serie de imposiciones específicas para los filósofos. Por una parte, obliga a poner en evidencia los equívocos, por otra, obliga a buscar una base más amplia que permita realizar una síntesis honesta de los derechos sociales y de los individuales dentro de una concepción renovada de los derechos subjetivos. Estas dos tareas exigen un nuevo esfuerzo de reflexión por parte de los pensadores occidentales, herederos de la tradición europea, pero también la colaboración de pensadores de otros continentes y de otras culturas, con el objetivo de dar un contenido concreto a la universalidad, contenido que aún falta en las declaraciones abstractas.

El profesor Diemer, llama la atención acerca de lo que denomina la reorientación de las concepciones básicas que, según él, puede apreciarse entre la Declaración universal de derechos de 1948 y las Convenciones de 1966, a pesar de la continuidad asegurada por los Preámbulos en el nivel de lo que Ch. Taylor denomina la cultura legal. Las convenciones no se limitan a añadir derechos sociales a los derechos individuales para satisfacer las demandas de los estados sociales y de una gran parte de los del Tercer Mundo. Estas Convenciones no sólo amplían la nomenclatura sino que modifican profundamente la filosofía implícita en la misma. El texto de 1968 era una declaración en la medida en que reconocía un concepto universal, es decir transcultural y transhistórico, del ser humano. Los textos de 1968 son Convenciones, Pactos, en la medida en que expresan un acuerdo entre partes contratantes que se comprometen a hacer algo, a promover los derechos que las Convenciones enumeran.

Según Diemer, el concepto de hombre postulado por la Declaración de 1948 apelaba a una legitimación universal, basada en las ideas de razón, conciencia moral y autodeterminación, por lo tanto irreductible a convenciones revocables y a generalidades empíricamente verificables. La Declaración reconoció lo que hombre es: razón, conciencia, libertad. Así no puede ser ni una Convención ni un Pacto.

La reorientación operada por las Convenciones de 1966 implica un cambio de referencia: ahora el sujeto es el pueblo en su expresión cultural. La universalidad cede su sitio a la generalidad. El hombre ya no es alguien con un rostro humano: su noción se descompone en la antítesis del individuo y el grupo.

Pero los autores anglosajones rechazan la dicotomía entre Declaración y Convención, entre universalidad y generalidad, entre hombre transcultural y culturas históricas, en la medida en que los derechos enumerados en las Convenciones siguen siendo derechos subjetivos. Pero la estrategia de polarización practicada por Diemer, tiene el mérito de obligar a los filósofos a responder al desafío encubierto tras una continuidad de lenguaje y hacer de la reorientación conceptual puesta de manifiesto.

Mihailo Markovic, cuestiona el escepticismo a partir de principios marxistas. Es verdad de Mihailo Markovic, no espera que éstos puedan resolver los conflictos ideológicos que afectan a las relaciones entre individuo y sociedad, sino que busca un procedimiento común de discusión para la investigación de nuevos criterios de definición de los derechos llamados individuales y de los derechos llamados sociales.

Mihailo Markovic, no se muestra complaciente respecto de las violaciones de los derechos humanos en los países socialistas; en sus alegatos por la libertad de expresión, de manifestación público y de organización política, y su análisis de las conquistas institucionales de la Europa occidental a partir de 1789, pero su crítica igualmente severa de la democracia burguesa, centrada únicamente en la emancipación política, lo lleva a buscar

para todo orden legal concebible una base distinta del relativismo cultural, el absolutismo formal de Kant o al absolutismo histórico de Hegel. Y encuentra esta base en el concepto marxista de praxis. Éste permite concebir al hombre como un ser práctico, que crea su historia, sus condiciones materiales de vida, sus formas sociales, su moral y su derecho, más allá de todo límite fijado por adelantado. Esto implica abarcar una crítica tanto del positivismo legal como del trascendentalismo abstracto. Más aún, la filosofía de la praxis puede integrar a la idea de las necesidades humanas la idea de un desarrollo histórico motivado por la tendencia al aumento del orden y la complejidad estructural. La praxis, es intencional, auto determinante, racional, creadora y acumulativa.

Es innegable que, la historia humana despliega su potencial creadora y al mismo tiempo e deber de aumentar la creatividad de la historia. El hombre es y debe ser un ser de praxis. Además esta afirmación implica la superación de la oposición entre el subjetivismo de la reflexión y el objetivismo de las condiciones materiales: entre el legalismo de la norma y el empirismo de la costumbre; entre el estatuto individual del sujeto humano y el estatuto social del hombre como especie.

Mihailo Markovic, propone una serie de procedimientos capaces de aportar una resolución racional a los conflictos entre los juicios de valor relativos a los derechos humanos; reconocimiento del adversario como un igual, voluntad de llegar hasta el fondo de las contradicciones, aceptación de una regla común de discusión, búsqueda de un consenso racional basado en una comunidad de principios últimos. Esta última demanda con la convicción de que hoy los hombres están mucho más cercanos a la posibilidad de concordar respecto de algunas convicciones fundamentales que lo que algunos filósofos se inclinan a pensar. Si no, no se comprendería que la Declaración universal haya podido ser redactada en común por los americanos, los soviéticos y los responsables políticos de todo el mundo. De igual forma las luchas de las que surgieron todos los regímenes modernos tienen una

profunda afinidad, y han creado una convergencia real entre los sistemas. Los verdaderos conflictos, conciernen a las prioridades que han de establecerse entre los principios posteriores sobre los cuales existe un amplio consenso. Para ello el diálogo, conducido según las reglas enunciadas anteriormente, serviría para delimitar las zonas de verdadero conflicto. Pero el dialogo no es todo; frente a las violaciones sistemáticas de los derechos humanos; es necesario que, los individuos y los grupos inaccesibles al temor ejerzan una crítica valerosa de los grupos inaccesibles al temor ejerzan una crítica valerosa de los obstáculos que los sistemas políticos existentes oponen a los derechos humanos.

La búsqueda de un fundamento mejor se justifica porque siempre va precedida por el reconocimiento de una exigencia anterior a toda formulación filosófica. En toda época y en toda cultura una queja, un grito, un proverbio, una canción, un cuento, un tratado de sabiduría han llevado el mensaje, el concepto de los derechos humanos no es universal, en todos los hombres y en todas las culturas existe la necesidad, la espera y el sentido de estos derechos, siempre se supo esta exigencia, algo se debe al ser humano pro el sólo hecho de que es humano. Por eso los derecho humanos no pueden ser decretados por ningún derecho positivo, sólo pueden ser reconocidos y proclamados. Pero esta universalidad sólo pueden se expresa dentro de un marco cultural históricamente determinado. Así, el hombre europeo se ha constituido como persona, como sujeto, como libertad, bajo las influencias griegas, romanas y judeo-cristianas. Pero el discurso de Europa siempre ha sido superado por un fondo de convicciones que su concepto no agotan. Lo testimonian las ambigüedades del concepto de derecho natural. La naturaleza es, por un lado, el dato biológico, la ley del más fuerte, el peso de las condiciones.

Por ello no puede confirmarse la discusión al plano legal. Es necesario abarcar con una mirada ética las dos dimensiones condicionada e incondicional, de la naturaleza humana, con sus dos exigencias de trascendencia y de encarnación. Toda nomenclatura de los

derechos humanos es un compromiso entre las dos exigencias. Y esto es lo que el pensamiento europeo ha conceptualizado, este juego entre la ley trascendente y las dependencias fácticas. De la que se desprende que los derechos económicos, sociales y culturales enuncian sólo en términos generales las condiciones más favorables a este compromiso. Pero no hay que pretender que una nomenclatura de derechos apacigüe el conflicto latente entre la exigencia y sus condiciones de realización.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problemas General

- ¿Cuáles la relación entre los fundamentos de los derechos humanos y los derechos fundamentales en el Perú?

1.2.2. Problemas Específicos

- a. ¿De qué manera se relaciona los derechos humanos con el derecho al trato humano?
- b. ¿De qué manera se relaciona los derechos humanos con el derecho a la libre circulación?

1.3. Objetivos : General y Específicos

1.3.1. Objetivos General

Determinar cómo los fundamentos de los derechos humanos influyen en los derechos fundamentales en el Perú.

1.3.2. Objetivos Específicos.

- a. Establecer como se relaciona los derechos humanos con el derecho al trato humano.
- b. Establecer como se relaciona los derechos humanos con el derecho a la libre circulación.

1.4. Justificación de la Investigación

1.4.1. Justificación teórica

La presente investigación se basa en saber los diferentes fundamentos para la protección de los derechos humanos y los derechos fundamentales, se busca formula desde el

aspecto ontológico y pragmático si los fundamentos jurídicos o culturales de los derechos humanos en realidad se hicieron para proteger a todas las personas del mundo o tan solo se formuló para tener mayor poder de unos pocos en contra de la mayoría, así mismo, se establecerá como los derechos fundamentales que estas establecidos en la Constitución Política de nuestro país es con fines de proteger a todas las personas de nuestro país o también es una forma de segregación y de poder, más aun que nuestro país en un mosaico de culturas y por lo tanto de diferentes pensamientos y actitudes en la vida cotidiana. Además, se justifica en poder establecer la real valía de los derechos humanos y fundamentales para el desarrollo de la humanidad.

1.4.2. Justificación práctica

En cuanto a la justificación práctica de la presente investigación pretende que los fundamentos de los derechos humanos y los derechos fundamentales tuvieron y tienen un fundamento real de la persona humana o tan solo es para la protección de los que lo crearon para someter por medio de este poder a la personas que se encuentran como un recurso de trabajo para sus fines de tener mayor poder frente a otros.

1.4.3. Justificación social

La investigación tiene una importancia en nuestro país y el mundo, ya que la mayoría de personas pensamos que, todos debemos estar protegidos por los derechos humanos y los derechos fundamentales, si fuera así, la sociedad seria otra donde pensaríamos en el prójimo, en el convaleciente, en el que menos tiene, y por tanto la sociedad humana sería mejor comprendida.

1.5. Limitaciones de la Investigación

Las limitaciones que se presentaran durante el desarrollo de la presente investigación son las siguientes:

- Se estudiarán los fundamentos de los derechos humanos y de los derechos fundamentales desde la perspectiva objetiva y desde mi punto de vista.

- Falta de fiabilidad de la información y veracidad de los datos por tratarse de una investigación con un componente subjetivo.

- El tamaño de la muestra que se tomara a las personas, no es la más óptima, por lo cual se tendrá un margen de error.

- Dificultades por parte de las instituciones en brindar información que guarden relación con la presente investigación.

- Falta de confiabilidad de la información encontrada en Internet.

- El factor tiempo, por parte de las personas que van a ser entrevistadas para obtenerse información de primera mano.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1. Antecedentes de los derechos humanos

Hablar de los derechos humanos es un tema obligado en todos los foros jurídicos, tanto nacionales como internacionales. Tratar acerca de ellos, precisarlos y definirlos, así como buscar su más honda fundamentación filosófica y su más adecuada y eficaz protección jurídicas, quizá, el máximo imperativo de nuestros tiempos.

Porque a pesar de la gran cantidad de literatura jurídica y los estudios escritos sobre los derechos humanos, y de los múltiples y variados documentos que acerca de ellos han sido expedidos por los organismos internacionales, dichos derechos siguen siendo desconocidos y violados por la gran mayoría de los Estados contemporáneos. Parece ser un signo fatal y lamentable de la época en que vivimos el de la falta de congruencia entre lo que se piensa y se declara, y lo que en realidad se hace. Es la expresión de esa vida inauténtica que como mal de nuestra época han denunciado grandes pensadores no solo de la pasada centuria (KIERKEGARD, MARX, NIETZSCHE), sino de la actual: JASPERS Y HEIDEGGER, entre otros. Y todo ello contribuye también a configurar la triste y frustrante imagen de un

mundo en el que ha habido grandes retrocesos en la salvaguarda y practica de los valores morales.

Hoy se atacan los derechos humanos por todas partes. Y no solo en los países que tienen regímenes dictatoriales, ya sea de izquierda o de derecha, sino también en los que llaman democráticos. Parece ser que se ha adueñado de todo los gobiernos, de una tendencia o de la otra, una filosofía transpersonalista que los lleva a pasar por encima de la dignidad y libertad de la persona humana para realizar sus programas de mejoramiento colectivo. Hay un fuerte predominio del estatismo sobre el personalismo. La concepción hegeliana del Estado como realización de la idea moral verdadero “Dios sobre la tierra” y de los individuos como absolutamente subordinados al Estad, sigue proyectando su sombra sobre el horizonte político contemporáneo.

Por ello adquiere inusitada actualidad siempre renovada, en cada generación el tema de los derechos humanos. No se trata nada más de conocerlos y precisar sus características filosóficas y jurídicas, sino, sobre todo, de hacer una enérgica defensa de los mismos frente a las amenazas del totalitarismo estatal. Hay que crear conciencia en los hombres de nuestro tiempo, fortalecerla, en su caso, de la urgente necesidad de luchar por la efectiva vigencia de esos derechos en todos los momentos y circunstancias de la vida: no solo en la actividad política, sino en la familia, en la escuela, en la comunidad profesional, en la empresa económica, en cualquier tipo de quehacer humano colectivo.

Y hay que empezar, sin duda, por recordar cuales son los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Son fundamentos que radican en la naturaleza misma del hombre, ser racional y libre, y que no le vienen ni de la sociedad, ni del Estado, ni del mero reconocimiento que de ellos hacen las legislaciones positivas. Estas deben declararlos y señalar las garantías jurídicas que aseguren su vigencia, pero suponen su existencia anterior que, ciertamente, está por encima y es independiente de la voluntad estatal.

Así, o han reconocido todos los pueblos civilizados del mundo desde la antigüedad hasta nuestros días. Fuera de regímenes despóticos y absolutistas, en los que la voluntad de los gobernantes era la suprema ley y los gobernados no podían hacer otra cosa que someterse y obedecer, como ocurrió en el antiguo oriente y en algunas épocas y circunstancias de Grecia y Roma, la característica de las sociedades más avanzadas fue siempre la de reconocer la necesidad de la participación ciudadana en la integración de los gobiernos. El derecho de los miembros para intervenir en la vida de su comunidad y en la elaboración de las leyes fue la base del constitucionalismo clásico. Ese es el despertar de los derechos humanos. Esa filosofía se fue forjando a lo largo de los siglos, a través de grandes luchas y esfuerzos que hoy conocemos.

La antigüedad clásica desconoció la dignidad de la persona humana.

En la antigüedad grecorromana, y pese a las profundos estudios y bellas declaraciones hechas por Sócrates y Platón, en los Diálogos de este último, y por Aristóteles, en sus obras de ética y Política, no se llegó a tener una idea clara y precisa de la dignidad del hombre como individuo y de sus correspondientes derechos frente a la comunidad y la autoridad política. Se consideró siempre que los hombres formaban parte de su comunidad y pertenecía a ella como las partes de un todo. La comunidad tenía la primacía absoluta sobre los hombres y estos debían obedecer las leyes de la misma aun cuando fueran injustas. Se vivía en un transpersonalismo absoluto en el que no se concebían derechos humanos frente y contra las autoridades públicas.

La voz de Antígona, en la tragedia de Sófocles, reclamando derechos divinos superiores a cualquier ley humana, no hacía más que subrayar la preeminencia de un orden sobrenatural sobre el natural, pero no era indicadora de derechos individuales, nacidos de la naturaleza racional del hombre, que se pudieran hacer valer frente a la polis.

Apenas si en algunos lugares aislados de las grandes obras de Platón y Aristóteles se encuentran alusiones a la necesidad de que las leyes positivas se ajusten a las existencias espirituales y morales del hombre como criterio de justicia. Tal es el caso de un pasaje del Dialogo Las Leyes, de Platón en el que el gran filósofo ateniense escribe que, los hombres prefieren soportar con paciencia las mayores calamidades antes que pertenecer a un Estado cuyas instituciones signifiquen una degradación moral de su ser. Pero, en general, se consideraba que la polis era una instancia de perfeccionamiento de la naturaleza humana y que el fin de la ciudad se identificaba con el fin de los ciudadanos y lo llevaba a su plenitud, por lo que estos no tenían ningún derecho que invocar frente al gobierno de la ciudad.

Los estoicos empezaron a abrir la puerta.

En el caso de la cultura griega, perdida ya la independencia y absorbida la antigua Hélade por la conquistadora Romana, aparecieron las escuelas éticas que anteponían a toda investigación política la búsqueda de la felicidad individual. Las dos más destacadas fueron la epicúrea y la estoica. Esta última cultivo una filosofía severa y elevada. Tuvo como ideal al hombre sabio, caracterizado por su ataraxia y su autarquía y hablo de una ley natural universal a la que adhería todo hombre por el uso de su razón.

Con esa idea de la razón universal la filosofía estoica abrió nuevas perspectivas al desarrollo humano. El hombre no fue ya el estrecho ciudadano de la polis, sino el miembro de una comunidad universal. Además se acentuó, la idea de la dignidad de todo lo que tiene rostro humano y el valor natural de la libertad y de igualdad. Este pensamiento fue cultivado en Grecia y también en Roma por sus espíritus selectos como Cicerón, que fue su gran divulgador, Seneca, Epicteto, y Marco Aurelio.

El cristianismo cultivo la semilla de la dignidad humana.

El ambiente espiritual estaba preparado por el estoicismo para que se abriese paso la idea de la dignidad del hombre como persona, ser racional y libre, con un destino individual, propio e intransferible, distinto y superior a la comunidad. Esta idea fue aportada por el Cristianismo y difundida como (buena nueva) por todo el mundo conocido. La aseveración enérgica de San Pablo de que, ya no hay esclavos ni hombres libres, sino que todos son hermanos con Cristo Jesús, renovó la faz de la tierra. En adelante los hombres ya no serían cosas ni objeto de posesión por otros hombres, sino verdaderos ciudadanos, libres e iguales, del reino de Dios.

Esto influyó también en las relaciones del hombre con su comunidad. Dejo de ser ya una parte del todo político y de participar necesaria e indisolublemente en su destino, para gozar de independencia incluso frente a la comunidad misma. Siendo ciudadano de dos reinos, el espiritual y el temporal, el hombre era, sin embargo autónomo y libre con lo más íntimo de su ser, y responsable solo ante Dios. De aquí su fragilidad y su grandeza.

Estas ideas fueron desarrolladas por los Padres de la Iglesia, tanto griegos como latinos, y especialmente por el gran Obispo de Hipona, San Agustín, quien en su Ciudad de Dios trazo el amplio panorama de la historia de la humanidad en su camino ascensional hacia su destino eterno.

Las distinciones filosóficas de tomas de Aquino.

Puestas así las bases de los derechos humanos, tanto frente a los demás hombres como frente a la comunidad, la Edad Media, por boca de sus teólogos más preclaros, como Santo Tomás de Aquino y otros siguieron sus enseñanzas, se ocupó por delimitar con claridad los derechos y deberes de los hombres frente a la vida social y política.

Para ello recurrió el Aquinatense a distinciones muy útiles entre la esfera de los valores inmanentes, intramundanos, expresado por el bien común de la sociedad, y la de los

valores trascendentes, supra mundanos, propios de la vida espiritual y del destino último de los hombres. Y así, mirando al hombre como un ente que camina en este mundo entre las dos vertientes del tiempo y de la eternidad, estableció que, cuando están en juego intereses propios de la esfera de valores inmanentes, que miran a la vida buena en esta existencia terrenal tales como la economía, las leyes positivas, la instrucción, la salud corporal, la política es el bien común el que tiene la primacía, y los hombres, como personas individuales, deben subordinarse a él, o sea, el bien común es superior al bien privado si ambos son del mismo género, o lo que es lo mismo, si pertenecen a la misma esfera de valores.

En cambio, cuando están de por medio cuestiones que afectan a la salvación eterna del hombre o que se refieren al núcleo íntimo de su personalidad tales como la determinación libre de su estado de vida o de su número y educación de sus hijos o de la religión que quiere practicar el bien privado es el que debe prevalecer y el hombre no queda subordinado a la sociedad, o sea, el hombre no está ordenado totalmente a la sociedad, sino que reserva una esfera íntima que trasciende a los valores mundanos y es superior a ellos.

Con esta distinción tan clara y aparentemente tan sencilla, pero que es de gran profundidad, Santo Tomás cortó el nudo gordiano de una cuestión muy espinosa y difícil, a saber hasta dónde llegan los derechos del hombre y hasta donde los de la sociedad, que había preocupado a los hombres desde los primeros tiempos del Cristianismo. Ya la distinción hecha por Cristo, de los dos reinos (dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios) había significado un deslinde de gran importancia, pero había que aclarar todavía si en el seno mismo de lo temporal volvía a presentarse el conflicto entre dos distintas esferas de valores y cuál era su solución.

Por otra parte, en el mundo medieval no se dio el fenómeno del Estado omnipotente. El poder estatal que provenía del Imperio Romano se había fraccionado en multitud de formaciones políticas que solo tenían como común denominador el de su fe cristiana y su

obediencia al Romano Pontífice. Eran la RES PÚBLICA CHRISTANA en la que las leyes y costumbres descansaban sobre privilegios y contratos que tenían como base el Derecho natural, que resultaba obligatorio tanto para el Papa como para el emperador y los restantes políticos. Y la idea principal que se hacía resaltar en ese orden jurídico era, sin duda alguna, la dignidad del hombre como hijo de Dios. Dignidad de la cual brotaban sus derechos fundamentales.

El iusnaturalismo de la edad moderna entra en acción.

El problema de los derechos humanos, de raigambre tan antigua en la filosofía cristiana, volvió a ser estudiados por los teólogos de la Escolástica barroca, y en especial por los del siglo de Oro Español, en sus tratados de (de iustitia et iure). A él se refirieron, en distintos aspectos, Vitoria, Soto, Bañez, Vazquez de Menchaca, Mariana, Molina y Suarez. Todos ellos conocían a Santo Tomás de Aquino y lo seguían en sus líneas esenciales, pero fueron actualizando las soluciones del Aquinatense a la luz de los nuevos problemas que iban presentando las diversas situaciones del desarrollo del mundo: el descubrimiento de América; las tendencias absolutistas de las monarcas europeos; las corrientes secularistas e inmanentistas en el pensamiento científico y filosófico; las guerras de expansión y de dominio.

En una dirección semejante a esta manifestación su respeto a los derechos humanos los grandes juristas y filósofos políticos de los siglos XVII Y XVIII dentro de la llamada escuela Racionalista del Derecho Natural: Hugo Grocio, Juan Althusio, Samuel Pufendorf, John Locke. Sus ideas influyeron, sin duda, en documentos de innegable importancia para la lucha contra la la arbitrariedad de los gobernantes y el reconocimiento de los derechos naturales del ser humano, como la (Petition of Rights de 1628, en Inglaterra, el Bill of Rights,

de 1689, y sobre todo en las declaraciones, ha sido reconocido oficialmente en Estados Unidos.

De esta manera se manifestó en la Edad Moderna, en la doble dirección, escolástica y racionalista, una filosofía inspirada en el humanismo y en el defensa de los individuos contra los excesos del poder público. Con ello se contrarresto la tendencia absolutista y secularista que, basada en una concepción pesimista del hombre y de la política, habían expuesto Maquiavelo y Hobbes, en sus obras, y que conducía, a no dudar, a una sumisión total del hombre al estado para buscar en él protección y paz.

La palabra de Kant.

En la época de la Ilustración alemana, Kant tomo de nuevo los principios del humanismo racionalista, e inspirándose también en las ideas de Rousseau y de los enciclopedistas franceses, defendió la dignidad y libertad del ser humano como base del orden jurídico y político. El derecho debe ser solo salvaguarda para que coexistan en la sociedad, pacíficamente, las libertades de todos los hombres. Y esto porque la persona humana como lo expreso en su Critica de la Razón Practica posee una dignidad tan alta y característica que nunca debe ser utilizado como un medio, sino como un fin. Tal era el contenido de uno de sus célebres imperativos categóricos.

Insistió el filósofo de Konigsberg en que esta dignidad humana era la verdadera base de los derechos individuales reconocidos por la sociedad, y que el orden jurídico positivo no podía ser sino la expresión de este principio básico. De este modo confirmo la vieja idea de que los genuinos derechos humanos están fundados en la naturaleza racional del hombre y son, por tanto, anteriores y superiores a cualquier ordenación inmediata del Estado.

La dignidad humana por encima de la ley positiva.

Por el breve recorrido histórico que hemos hecho nos hemos podido dar cuenta de que esa filosofía ha tenido matices cambiantes: a veces ha acentuado el valor del individuo frente a la sociedad; otras, ha puesto énfasis en su responsabilidad social. En ocasiones, ha reclamado para el hombre, como individuo, una absoluta libertad económica y política; en otras, ha buscado la protección más amplia de los sectores menos favorecidos de la sociedad y ha promovido el reconocimiento de sus derechos. Lo importante es subrayar que la base para el reconocimiento y defensa de los derechos humanos ha sido siempre la dignidad del hombre, su especial de posición en el universo como ser racional y libre, lo que le hace ser sujeto de derechos y deberes ineludibles.

Esta dignidad, evidentemente, es una cualidad intrínseca del hombre y brota de su naturaleza misma, como ente moral y espiritual, sean cuales fueren sus condiciones étnicas, geográficas, económicas o políticas. Y por ello es anterior y superior a cualquier legislación positiva. Afirmar o sostener que los derechos humanos derivan de la sociedad o de las leyes que esta establece no es más que una grosera falacia que confunde el causado el ente social con la causa, que es el hombre.

Lo han reconocido los más destacados filósofos del Derecho de la actualidad. Helmut Coing, sostiene “la dignidad humana precede al derecho positivo”.

Recasens Siches insiste, a su vez, en que superando el positivismo jurídico del siglo XIX y primera mitad del XX, hay consenso general, a nivel popular, doctrinario y legislativo, para el reconocimiento de los derechos humanos como fundados en un imperativo de la estimativa o axiología jurídica, en un juicio de valor intrínsecamente fundado.

En la base, la filosofía del hombre social.

La filosofía ha de servir como cimiento de los derechos humanos en el mundo presente y en el que ha de venir, es evidente que se trata de la filosofía humanista, la

inspiración cristiana, que ha estado en el trasfondo del desarrollo cultural de veinte siglos en los países del occidente, y que coincide, en el fondo, con lo mejor de la vieja filosofía oriental. Los transpersonalismos de cualquier tipo han mostrado ya su fracaso en la historia y no hay por qué volver a ellos.

Tratándose del ser humano, esa síntesis dialéctica se realiza en la persona. En el concepto de persona humana queda vencida y superada la posición individualista, que lleva al hombre al egoísmo y a la subordinación de sus deberes sociales a sus propios y mezquinos intereses, y la contraposición colectivista, que conduce a la absorción total del individuo por la masa. La persona es la síntesis equilibrada y armónica de lo individual y social en el hombre.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Sustento teórico de la variable: derechos humanos

2.2.1.1. Definición de los derechos humanos

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos está incluidos el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación, al trabajo, a la libertad de expresión, al tiempo libre y al descanso entre otros. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna de manera democrática.

En el ámbito internacional de los derechos humanos establece la obligación de los gobiernos a actuar de una manera acuciosa o determinante de establecer todas las acciones posibles, para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o del colectivo, las comunidades campesinas, etnias y otros.

Uno de los logros de las Naciones Unidas es la creación de una normativa articulada sobre los derechos humanos: un código protegido a nivel mundial e internacional al que todas las naciones pueden adherirse y al que toda persona aspira. Las Naciones Unidas han definido un amplia variedad de derechos aceptados internacionalmente, entre los que encontramos derechos de carácter civil, cultural, económico, político y social. También han establecido mecanismos para promover y proteger estos derechos y para ayudar a los Estados a ejercer sus responsabilidades para su respeto e incentivo para su cumplimiento.

Las bases de este sistema normativo se encuentran en la Carta de las Naciones Unidas aprobado en el año 1945 y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobadas por la Asamblea General en el año 1948. Desde entonces, las Naciones Unidas han ido ampliando el derecho de los derechos humanos para incluir normas específicas relacionadas con las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, a los adultos mayores, las minorías y otros grupos vulnerables, que ahora tengan derechos que los protegen frente a la discriminación, ignorancia y olvido que durante mucho tiempo ha sido común dentro de las sociedades.

Para la defensa de las personas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos; es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. Redactada por representantes de todas las países del mundo de diferentes culturas y tradiciones jurídicas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones. Estableció, por primera vez, derechos humanos fundamentales que deben protegerse internacionalmente. Desde su aprobación en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se ha traducido a más de 501 idiomas. Es el documento más traducido del mundo, y ha servido de influído en establecer los parámetros de las constituciones de muchos Estados independientes, así como para

numerosas nuevas democracias. Junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos Protocolos Facultativos (sobre el procedimiento de denuncia y sobre la pena de muerte); y con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos forman la conocida como Carta Internacional de Derechos Humanos.

Para ello se desarrolló de los Derechos económicos, sociales y culturales mediante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que entró en vigor en 1976 y, a finales de octubre de 2016, ya contaba con 164 Estados parte. Entre los derechos humanos que este Pacto busca establecer y proteger se encuentran:

- El derecho a trabajar en unas condiciones justas y favorables;
- El derecho a la protección social, a un nivel de vida adecuado y al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental;
- El derecho a la educación y a gozar de los beneficios derivados de la libertad cultural y el progreso científico.

Para el desarrollo de los Derechos civiles y políticos tenemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su primer Protocolo Facultativo entraron en vigor en el año 1976. Este Pacto contaba con 167 Estados parte a finales de 2010. El Segundo Protocolo Facultativo fue aprobado en 1989.

El Pacto recoge derechos como la libertad de circulación; la igualdad ante la ley; el derecho a un proceso justo y a la presunción de inocencia; la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; la libertad de opinión y de expresión; la reunión pacífica; la libertad de asociación; la participación en asuntos públicos y elecciones; y la protección de los derechos de las minorías. Asimismo, prohíbe la privación de la vida; la tortura, las penas o los tratos crueles o degradantes; la esclavitud, trata de personas y el trabajo forzoso; la

detención o prisión arbitraria; las injerencias arbitrarias en la vida privada; la propaganda en favor de la guerra; la discriminación y la apología del odio racial o religioso. Entre las principales Convenciones de derechos humanos, Tenemos serie de tratados de derechos humanos internacionales y otros instrumentos adoptados desde 1945 han ampliado el derecho internacional de los derechos humanos. Entre otras figuran la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

También tenemos que tener en cuenta al Consejo de Derechos Humanos que fue creado el 15 de marzo de 2006 por la Asamblea General y se encuentra bajo la autoridad directa de esta última. Sustituyó a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que estuvo en funcionamiento durante 60 años, como órgano intergubernamental responsable de los derechos humanos. Este Consejo está formado por 47 representantes de Estados y es el encargado de fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo para hacer frente a situaciones de violaciones de los derechos humanos y formular recomendaciones sobre ellos; entre lo que también se incluye la respuesta a situaciones de emergencia en materia de derechos humanos.

El aspecto más innovador del Consejo de Derechos Humanos es el Examen Periódico Universal. Este mecanismo único requiere el examen de la situación de los derechos humanos en los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas cada cuatro años. Se trata de un proceso de cooperación dirigido por los Estados, con el auspicio del Consejo, que ofrece a cada uno de ellos la oportunidad de declarar qué medidas han adoptado y qué retos se han planteado

para mejorar la situación de los derechos humanos en su país, así como para cumplir con sus obligaciones a nivel internacional.

Además tenemos al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ejerce su responsabilidad dentro de la ONU principalmente en aquellas actividades relacionadas con los derechos humanos. Este Alto Comisionado se encarga de responder ante graves violaciones de los derechos humanos y de adoptar medidas preventivas.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, es el punto central de las actividades de las Naciones Unidas relacionadas con los derechos humanos. Esta actúa como secretaría del Consejo de Derechos Humanos, de los órganos de tratados (comités expertos que supervisan el cumplimiento de los tratados) y otros órganos de la ONU que trabajan por los derechos humanos. También lleva a cabo actividades de derechos humanos sobre el terreno.

La mayoría de los tratados clave sobre derechos humanos dependen de un órgano de supervisión, responsable de analizar el cumplimiento de ese tratado de los países que lo han ratificado. Aquellas personas que consideren que se ha cometido una violación de sus derechos pueden presentar denuncias directamente ante los Comités encargados de supervisar los tratados de derechos humanos.

Podemos decir entonces que, los derechos humanos son un tema transversal en todas las políticas y los programas de la ONU en los ámbitos clave sobre desarrollo, asistencia humanitaria, paz y seguridad, así como en asuntos económicos y sociales. Por ello, prácticamente todo órgano de la ONU y organismo especializado se ve envuelto de alguna forma en la protección de los derechos humanos. Algunos ejemplos de ello son el derecho al desarrollo, que es la base de los Objetivos de Desarrollo Sostenible; el derecho a la alimentación, defendido por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y

la Agricultura ; los derechos laborales, defendidos y protegidos por la Organización Internacional del Trabajo; la igualdad de género, proclamada por ONU Mujeres; los derechos del niño, de los pueblos indígenas y de las personas con discapacidad.

2.2.1.2. Definición de derecho al trato humano

Podemos manifestamos nuestro total rechazo e indignación ante los actos ocurridos durante los últimos años en las fronteras de diversos países en especial situación de los inmigrantes que llegaron a la playa de Maspalomas en Gran Canaria procedentes de África.

Establecer que la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa que: toda persona tiene derecho a un trato digno y humano, y obligarles a pasar en las fronteras horas, días a pasar bajo el sol y el frío en muchas ocasiones abandonados, sin recibir ningún tipo de asistencia humana de agua, alimentos, atención sanitaria otros. Además, una vez que se tramitó el traslado de estas personas, éste se produjo de forma denigrante e irrespetuosa con la dignidad humana y el trato humano que se debe recibir en todas las fronteras del mundo.

La actuación llevada a cabo por el personal policial y sanitario con las personas migrantes, bajo sospecha de portar el virus del Ébola entre otros, es una evidencia más de la descuido y abandono de las funciones de las autoridades e instituciones, obligadas por los tratados internacionales e incluyendo nuestro sistema jurídico a prestar auxilio en condiciones dignas a los migrantes que lleguen a las fronteras es respetar y garantizar en sus actuaciones la no discriminación por raza, lugar de procedencia, entre otros. Del mismo modo, supone un claro reflejo de la falta de coordinación, información y preparación que aún se tiene sobre las diferentes enfermedades y sobre cómo proceder responsablemente ante situaciones de esta índole. Es deber de todos los países de mantenernos informados y actualizados con informaciones procedentes de fuentes fiables y rigurosas, y no dejarnos llevar por los mitos, el miedo, las creencias u otras maneras de discriminación.

Los pueblos, se han desarrollado por la migración, se ha demostrado a lo largo de los años una sensibilidad, comprensión, solidaridad, compromiso y humanidad notoria hacia la realidad migratoria, inclusive en los momentos más difíciles. La situación geográfica ha convertido a los pueblos fronterizos, en un lugar donde confluyen personas procedentes de innumerables lugares y esto ha hecho que los pueblos crezcan y maduren en el respeto y la tolerancia hacia todas las realidades.

Desde la el trato humano se entiende que la dignidad del ser humano ha de ser uno de los ejes transversales de los protocolos sanitarios establecidos para este tipo de situaciones y reclamamos el mismo trato digno para todas las personas. Las personas denuncia ésta y cuantas otras actuaciones que supongan vejación o vulneración de los Derechos Humanos y cualquier otra medida que atente contra la dignidad humana, el trato humano, referido a la Igualmente, exigimos se depuren todas las responsabilidades políticas con el ánimo de evitar que se repita este espectáculo bochornoso e indignante; pensamos que la situación que han vivido estas personas es de enorme gravedad y hacemos un llamamiento al ejercicio responsable de las actuaciones y protocolos de atención a las personas, bajo parámetros de coordinación, conocimiento y respeto del ser humano.

2.2.1.3. Definición de derecho a la vida y a la seguridad

Cuando concluya la presente investigación, me daré cuenta del elevado número de personas que abran muerto en nuestro país a causa de enfermedades y la inseguridad ciudadana. Ya que la pobreza y la creciente informalidad en todo los flancos a la vida y la seguridad lo traducen en inseguridad para la vida. Ni siquiera las obras de infraestructuras que en ocasiones se habían realizado para intentar contener el avance de las urbes, en todo los países se ven desbordados por la informalidad y la inseguridad ciudadana, existen pueblos

jóvenes donde la vida no cuesta nada, las mafias y el narcotráfico se apoderan cada vez mas de las ciudades, conllevando a la inseguridad de la vida y haciendo que no se valore la vida.

En el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, conmina a las autoridades a defender la vida y la seguridad de las personas estableciendo que: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Este principio no siempre se ha desarrollado y cuando se ha hecho, algunas actuaciones realizadas para reducir el riesgo de mortalidad, no permiten cumplirlo. En varios trabajos realizados en estos años donde se analiza el problema de la peligrosidad de la inseguridad en nuestra nación suelen terminar la argumentación con este artículo.

Lo principal, también en cuestiones de la inseguridad, es defender la vida de las personas, garantizarles su seguridad vital. Pero, año tras año, comprobamos que eso no se consigue. Por tanto, el principio de la Declaración no se cumple. No es un problema único de nuestro país. Es un problema global del mundo occidental, desarrollado, que ha hecho una lectura incorrecta del uso de la población, como mero escenario de uso y aprovechamiento para la satisfacción sus apetitos políticos, sociales o de poder hacen que nuestras ciudades cada vez sean más inseguras e incluso se menosprecia la vida de la persona humana.

2.2.1.4. Definición de derecho a la libertad de expresión

La libertad de expresión es reconocida como un derecho fundamental, es decir, como un derecho elemental para el desarrollo del ser humano como individuo y en colectividad. En atención a esta especificación, se han desarrollado a su favor un conjunto de medidas orientadas a su protección y garantía, como su reconocimiento en las constituciones de los diferentes países, su reconocimiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos, el cumplimiento de determinadas obligaciones específicas por parte del Estado, así como el establecimiento de mecanismos que permitan su protección judicial inmediata y

efectiva. En diversos países, la libertad de expresión ha sido reconocida como un derecho fundamental desde los primeros textos constitucionales hasta la actualidad. Este reconocimiento origina importantes consecuencias jurídicas, pues todo análisis relacionado con su ejercicio deberá necesariamente tomar en consideración la existencia de otros derechos fundamentales y bienes que también gozan de protección constitucional, con los que puede entrar en conflicto, pero con los que también debe ser sistematizado. Asimismo, su reconocimiento constitucional le otorga a este derecho una protección especial frente al legislador, quien, al momento de regular su ejercicio, debe respetar su contenido constitucionalmente protegido, pues en caso contrario las normas que emita sobre la materia podrán ser expulsadas del ordenamiento jurídico por inconstitucionales. Las constitucionales políticas se limitan a reconocer de forma general de la libertad de expresión, sin establecer sus mayores alcances en cuanto a su contenido o los límites a su ejercicio, lo que implica una especial labor por parte del intérprete constitucional, a efectos de precisar el ámbito de tutela que la Constitución política otorga a este derecho. Esta tarea no puede llevarse a cabo con los criterios básicos de interpretación de las normas jurídicas. Como derecho constitucional, le corresponde una interpretación especializada, a partir de su reconocimiento como elemento fundamental del Estado Constitucional y democrático, como un derecho que merece especial protección frente a cualquier intento de limitar en forma arbitraria su ejercicio. Así mismo, la libertad de expresión también es reconocida como un derecho humano en el derecho internacional y legislación internacional, desde las primeras normas declarativas de derechos de mediados del siglo pasado, hasta los tratados sobre la libertad de expresión. Este reconocimiento obliga a interpretar su contenido y las posibles dificultades que se originen por su ejercicio, tomando como referencia que también existen otros derechos que gozan de reconocimiento y protección internacional, con los cuales deberá necesariamente ser sistematizada. El reconocimiento de la libertad de expresión en las normas internacionales le

otorga un marco de protección adicional al que se deriva de su reconocimiento en la Constitución Política, pues las normas internacionales establecen unos estándares mínimos de protección que los Estados se encuentran obligados a respetar y proteger; en caso contrario, son pasibles de responsabilidad y sanción internacional. Así mismo, el contenido de las normas declarativas y convencionales debe ser tomado en consideración al momento de interpretar los derechos reconocidos en los textos constitucionales de un país, como lo establece la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución política de 1993 de nuestro país. De igual modo, la jurisprudencia de los tribunales internacionales deberá ser observada por los tribunales nacionales al resolver controversias relacionadas con el ejercicio de este derecho fundamental. El reconocimiento de la libertad de expresión como derecho fundamental implica que los Estados tienen dos obligaciones específicas: las obligaciones de protección y garantía de este derecho. Por la primera, los Estados se encuentran impedidos de realizar actos contrarios a la libertad de expresión, mientras que por la segunda, deben adoptar todas las medidas que permitan a toda persona su goce y ejercicio, así como prevenir, cuidar, sancionar y reparar todo acto que afecte la libertad de expresión. Todas estas obligaciones se derivan de las normas internacionales de derechos humanos, así como de los propios textos constitucionales. Sin embargo, para la efectiva vigencia de la libertad de expresión, no resulta suficiente su reconocimiento en las normas nacionales e internacionales, sino que deben existir mecanismos especiales que aseguren su adecuada protección ante cualquier amenaza o violación. Esta protección tiene que ser de carácter jurisdiccional, de modo que lo decidido por los tribunales adquiera la calidad de cosa juzgada y se puedan hacer efectivos los mecanismos coercitivos orientados al cumplimiento de la sentencia respectiva. Por este motivo, los Estados se encuentran obligados a contemplar en sus respectivos ordenamientos jurídicos recursos efectivos y sencillos para la protección judicial de la libertad de expresión. En el Perú, el proceso de amparo, reconocido en el artículo 200°

inciso 2º de la Constitución y desarrollado en el Código Procesal Constitucional, constituye el mecanismo judicial previsto a nivel interno para la tutela de este derecho, aunque su uso con esta finalidad todavía es escaso.

Los límites a la libertad de expresión pueden ser definidos como toda disminución de alguno de los elementos jurídicos que establecen su contenido. La justificación de la potestad del legislador para establecer estos límites parte de la premisa que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que admiten restricciones, pero estas restricciones no deben menoscabar el núcleo duro de la libertad de expresión, pues a partir de su reconocimiento e incorporación en un ordenamiento jurídico, coexisten con otros derechos, por lo que pueden presentarse situaciones que impliquen la necesidad de proteger estos derechos o bienes frente a un determinado ejercicio de la libertad de expresión. Será en tales supuestos que el legislador se encontrará facultado para restringir la difusión de ideas e informaciones, correspondiendo a los tribunales resolver cualquier controversia sobre la discusión, en la búsqueda de una sistematización entre la libertad de expresión y los derechos fundamentales de los demás principios y parámetros establecidos en la Constitución Política. Sobre la actuación reconocida al legislador para desarrollar el contenido y alcances de los límites a la libertad de expresión.

Gavara, Juan ha señalado: Materialmente, el legislador puede realizar un desarrollo del derecho fundamental centrado en dos objetos (la intervención y la configuración). En primer lugar, la «intervención» en el derecho fundamental, que es entendida en un sentido amplio como una modificación normativa o factual no contraria a la Constitución de alguno de los elementos del derecho fundamental (titular, Luis Alberto Huerta Guerrero. Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio 325 destinatario y objeto) con la consecuencia de que afecta su ejercicio. La segunda finalidad es la «configuración» [...] que significa la determinación del contenido o la fijación de la forma de ejercicio y de las garantías

procesales de un derecho. La intervención en los derechos fundamentales incide de manera negativa, ya que presupone la adopción de normas que van a restringir su objeto de protección o su ejercicio. El tema de la intervención ha sido tratado tradicionalmente en unión al tema de los límites a los derechos fundamentales [...] El ejercicio de un derecho fundamental contrario a dichos límites resulta ilegítimo (Gavara, 2004) .

Las restricciones a la libertad de expresión pueden estar orientadas a prohibir la difusión de un determinado discurso las restricciones sobre el contenido o regular la forma, tiempo, lugar o medio en que puede ser transmitido restricciones neutras. Así, por ejemplo, la sanción penal por el delito de apología del terrorismo implica una limitación que se centra en el contenido del discurso, está prohibido hacer una apología del mencionado delito, mientras que la prohibición de difusión de encuestas electorales semanas antes de las elecciones, constituye un ejemplo de límite temporal a la libertad de expresión, en ese período no se pueden difundir encuestas electorales, pero en otro momento sí. Las restricciones neutras no se relacionan con el contenido del mensaje a difundir, sino con los medios empleados para tal efecto. Se le llama así, por cuanto no refleja la intención del Estado de suprimir o impedir la difusión de algún tipo de mensaje, sino porque busca garantizar otro derecho o bien constitucional que podría ser afectado por la forma en que se difunde un determinado discurso. Así, por ejemplo, la prohibición de realizar marchas de protesta contra el Gobierno en zonas cercanas a los centros de salud, no busca impedir el desarrollo legítimo de las actividades de la oposición política, sino conservar la salud de los pacientes. La precisión sobre los tipos de restricción sobre el contenido o neutras, tiene consecuencias importantes al momento de analizar su compatibilidad con la libertad de expresión, pues en los supuestos en que se prohíbe la difusión de una determinada idea o información el análisis jurídico de la restricción es más intenso que en aquellos en que la limitación se relaciona con el tiempo, lugar o modo empleado para difundir un mensaje. Sin embargo, esto no debe ser entendido

como una carta libre al legislador, para establecer cualquier límite formal o neutro a la libertad de expresión, pues en determinadas circunstancias, una restricción sobre el tiempo, lugar o modo de difusión de una idea o información puede ocultar una restricción relacionada con el contenido.

Por otra parte, todo límite a la libertad de expresión debe cumplir con determinados requisitos, tanto de orden formal, de modo tal que no se produzca una arbitraria restricción en su ejercicio. El requisito formal se relaciona con las características que debe tener la norma que establece restricciones al ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado, se opta por considerar a la ley en su sentido formal, como la fuente autorizada para establecer una restricción a los derechos fundamentales. Sin embargo, esta no es la posición adoptada por el Tribunal Constitucional peruano, que en la práctica ha admitido que, a través de normas distintas, como el caso de las ordenanzas municipales, puedan establecerse límites a su ejercicio. A nuestra consideración, las restricciones a la libertad de expresión relacionadas con el contenido del mensaje deben ser aprobadas mediante una ley del Congreso, por tratarse de las restricciones más intensas al ejercicio de este derecho, mientras que las restricciones neutras, sobre la forma de transmitir el mensaje, pueden ser establecidas mediante una ley en sentido formal u otra norma con rango similar, como es el caso de las ordenanzas municipales. Se trata de una opción que permite conjugar proporcionalmente la necesidad de garantizar la libertad de expresión con los diversos tipos de restricciones que pueden ser efectuados a su ejercicio. Junto con el requisito formal, toda limitación al ejercicio de la libertad de expresión debe observar determinados requisitos sustantivos. En este sentido, debe estar orientada a alcanzar un objetivo legítimo, que puede ser la protección de otro derecho fundamental o de algún bien que tenga protección constitucional. Asimismo, se requiere que exista una relación directa entre la limitación que se establece y el objetivo que

se desea alcanzar. De igual modo, es importante analizar si para alcanzar ese objetivo puede establecerse otra medida distinta a la restricción del derecho fundamental. De considerarse la medida necesaria, tendrá que analizarse si es proporcional al derecho o bien constitucional que se desea proteger. En todo caso, ninguna restricción puede ser establecida de modo tal que, en los hechos, haga imposible el ejercicio del derecho limitado, lo que implica respetar su «contenido esencial». De otro lado, las restricciones a la libertad de expresión no pueden hacerse efectivas con anterioridad a la difusión de la idea o información que se quiere dar a conocer, sino que se concretan en la modalidad de responsabilidades posteriores. Corresponde primero ver o escuchar aquello que quiere expresarse y luego se evalúa si lo expresado ha transgredido algún límite previsto legalmente. El fundamento de esta prohibición se encuentra en la necesidad de evitar que una autoridad o funcionario tome una decisión sobre las ideas o informaciones que deben circular en una sociedad, sobre la base de su criterio personal o del gobierno de turno.

La prohibición de la censura previa se encuentra prevista en las normas internacionales de derechos humanos, como el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en diversas normas constitucionales. Nuestra Constitución Política de 1993 también contempla esta garantía, en el artículo 2° numeral 4, pero, los excesos de los medios de comunicación en materia de libertad de expresión han dado como consecuencia, en la teoría, se plantee la posibilidad de habilitar una censura previa judicialización. entonces los fundamentos de la prohibición de la censura deben ser aplicados en todo ámbito y no ser entendida únicamente como una prohibición a las autoridades de tipo administrativo, situación particularmente importante en realidades como las de nuestros países, en donde diversos casos de censura previa han sido originados por decisiones judiciales que, aparentemente fundadas en la razón y el Derecho, tenían por objetivo impedir la circulación de ideas e informaciones sobre asuntos de interés público. Así mismo, los

límites a la libertad de expresión pueden ser analizados a partir de la norma que los establece (análisis abstracto) o a partir de su aplicación en una situación particular (análisis concreto). El análisis en abstracto se puede realizar a propósito de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la norma legal que establece una restricción a la libertad de expresión, o como paso previo para resolver un caso concreto en donde la norma ha sido aplicada mediante la evaluación sobre la posibilidad de aplicar el control difuso de constitucionalidad de las normas. También, el análisis en concreto implica que, si un juez considera que el límite es compatible con la Constitución, puede también evaluar si su aplicación en una situación determinada resulta razonable y proporcional. Finalmente, dado que todo límite a la libertad de expresión implica que hay otro derecho o protegido que requiere ser garantizado, se suele emplear la resolución mediante el conflicto entre derechos. Para la resolución de estos conflictos, a nivel del derecho comparado se han desarrollado diversos métodos, siendo el más empleado el denominado, test de proporcionalidad y ponderación. Pero, existe una teoría que niega que pueda existir un conflicto entre derechos fundamentales, conocida como teoría no conflictiva o armonizadora, y que considera más apropiado hablar de conflictos de pretensiones, que se resolverían a través del denominado método de la delimitación constitucional del contenido de los derechos, para lo cual se debe acudir a diferentes criterios, encontrándose dentro de ellos la ponderación, que adquiere en esta teoría una perspectiva diferente que en la actualidad no está bien establecida.

2.2.1.5. Definición de derecho al tiempo libre y al descanso.

En el Artículo 24° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

El ocio o tiempo libre es aquella parte del día que se dedica a actividades que no son laborales, ni tareas domésticas esenciales, generalmente recreativas y usadas a discreción por todas las personas. Es diferente al tiempo dedicado a actividades obligatorias como comer, dormir, hacer tareas, jugar, conversar, pasear, entre otros. Puede entenderse como una actividad realizada para descansar del trabajo o la jornada laboral. La distinción entre las actividades de ocio y las obligatorias no es estricta y depende de cada persona, así estudiar, cocinar o hacer música puede ser ocio para unos y trabajo para otros, pues estas últimas pueden hacerse por placer además de por su utilidad a largo plazo.

El tiempo dedicado al ocio es variable de una sociedad a otra; la antropología muestra que los sociedades que vivían en nuestro territorio antes de la invasión occidental tenían diferentes labores, que podría pensarse que tenían más tiempo para el ocio que las personas en las sociedades occidentales; esto hacía que los colonizadores percibieran como extremadamente perezosos a los pueblos indígenas.

En general, en la sociedad occidental, es común que el hombre disfrute de mucho más tiempo de ocio que la mujer en las mismas condiciones .

El derecho al descanso y al tiempo libre está reconocido como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, así como en otros acuerdos de carácter internacional o regional se defiende el derecho al tiempo libre y al descanso adecuado.

2.2.2. Sustento teórico de la variable: derechos fundamentales

2.2.2.1. Definición de derechos fundamentales

Desde mediados del ciclo pasado, en Sudamérica se está ya reconociendo y plasmando como derechos fundamentales a las personas como sujeto de derechos, a un conjunto de necesidades objetivas y subjetivas, dentro y fuera del Estado democrático de Derecho. Asimismo, podemos establecer que, los derechos fundamentales son aquellos

derechos constitutivos al ser humano que pertenecen a toda persona sin excepción, en razón a la dignidad humana.

Conforme con lo indicado por el profesor Alberto Anguita Susi, el diseño constitucional y legal para la defensa de los derechos fundamentales se sustenta, en cuanto al ordenamiento jurídico español respecta, en la garantía jurisdiccional, que protagonizan los jueces y tribunales ordinarios, mediante el proceso preferente y sumario. Este sistema implica, por tanto, que los garantes naturales de los derechos son los tribunales, mientras que el Tribunal Constitucional lo es de manera subsidiaria y excepcional (La protección de los derechos fundamentales, 2006).

En el Perú, se ha dado inicio a una etapa normativa de control constitucional al poder y de protección nacional e internacional de los derechos fundamentales, que se caracteriza porque la oposición y las minorías pretenden controlar al poder, mediante la judicialización de la política, pero que en la práctica parece producirse más bien lo contrario, una politización de la justicia; debido a la falta de independencia del poder político de turno y de sus mayorías parlamentarias transitorias (Teoría de la Constitución, 1976).

El Estado constitucional como garantía de los derecho de derecho supone, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política; vale decir, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual, la Constitución es también una norma jurídica; es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de

vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 4053-2007-PHC/TC).

La teoría del Estado constitucional (constitucionalismo), aunada con la teoría de los derechos fundamentales y al derecho procesal constitucional forma una tríada sobre la que nuestro Tribunal Constitucional ha venido desarrollando principios y conceptos (Derecho procesal constitucional logros y obstáculos, 2008).

El neoconstitucionalismo, está influyendo en todas las ramas del derecho y ha afectado al sistema jurídico a través de la inclusión de la Constitución en todo el ordenamiento. Estamos en el marco del Estado democrático constitucional, al que se ha llegado en virtud al cambio de paradigmas desde el Estado con el respeto del principio de legalidad. Este último identifica el derecho como ley, norma con ley, lo cual trae como consecuencia lo que hoy se denomina positivismo jurídico o legalista.

Mientras que, en el Estado Constitucional, el poder se somete a la Constitución, porque reconoce en esta una forma, fórmula, instrumento y más acepciones que se encuentra fuera de las decisiones de poder (Ballenas, 2016).

En la Constitución se entiende como: (...) no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho y la norma de unidad a la cual se integran. Es así que, por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal

legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme a la Constitución) (Sentencia, 2005).

El neoconstitucionalismo viene hacer un nuevo paradigma normativo y garantía jurisdiccional; entonces, no viene a ser otra cosa que la búsqueda de constitucionalizar del sistema jurídico.

Conforme a Guastini, Ricardo; un sistema ha sido constitucionalizado cuando presenta al menos siete componentes: **i)** garantía jurisdiccional de la supremacía de la constitucional; **ii)** constitución rígida: incluye los derechos fundamentales; **iii)** fuerza vinculante de la Constitución, como conjunto de norma preceptivas; **iv)** interpretación conforme a la constitución; **v)** influencia de la Constitución en el debate público; y, **vi)** sobre interpretación de la Constitución: interpretación extensiva y principios (Guastini, 2002).

Así mismo. Cappellitti (1986) señala. “La defensa de los derechos fundamentales y el control de los actos del poder, han llevado en el Perú a redimensionar la clásica teoría de la división del poder” (p.16).

Estableciendo en la Constitución de 1979 un Tribunal de Garantías Constitucionales y en la Constitución de 1993 un Tribunal Constitucional, como organismos encargados de realizar el control de la Constitución; es decir controlar las normas legales del Congreso y del Gobierno, así como de las resoluciones judiciales en materia de derechos fundamentales del Poder Judicial (Landa, Teoría del derecho procesal constitucional, 2003).

Sin embargo, se puede advertir que la justicia constitucional, en sus dos versiones, como Tribunal Garantías Constitucionales y como TC, no ha podido constituirse como en las democracias avanzadas– en una pieza clave del Estado democrático; debido a que, cuando dicho tribunal ha declarado inconstitucionales algunas leyes dictadas por el gobierno, ha sido clausurado o anulado (Landa, Del tribunal de garantías al tribunal constitucional, 1995).

Al referirnos al tema de jurisdicción constitucional, viene a colación el largo debate sobre el sistema de control constitucional que un determinado ordenamiento jurídico adopta; es decir, control difuso, concentrado o mixto. Ello en virtud de la supremacía de las normas constitucionales y al órgano, tribunal o sistema que se estructura para su defensa (Ballenas, 2016).

Conforme a lo precisado por el jurista. Fix (1977) afirma. “El Derecho Procesal Constitucional vendría a estar conformado por todos los mecanismos o instrumentos procesales cuya finalidad es especialmente relevante, cual es, garantizar el orden constitucional” (p. 68).

También, el jurista García, Víctor. Señala que la jurisdicción constitucional se rige a nuestro criterio cabe distinguir los espacios de actuación de la jurisdicción constitucional. Ellos serían los tres siguientes:

a) El ámbito o espacio orgánico en donde se cautela que la actividad legislativa de los órganos con funciones legislativas sea armónica y coherente con la Constitución.

b) El ámbito o espacio personalista en donde se cautela que las conductas funcionales o ciudadanas sean armónicas y coherentes con la parte dogmática y principista de la Constitución; vale decir, resguarda la libertad y demás derechos fundamentales.

c) El ámbito o espacio competencial de los distintos órganos estatales, en donde se cautela que las tareas asignadas por la Constitución a un órgano del cuerpo político no sean “invadidas” por entes no legitimados o “abandonadas” por su legítimo titular (García, 2015).

El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha determinado la naturaleza y razón de ser de los procesos constitucionales. En la sentencia recaída en el expediente 00023-2005-PI/TC, ha señalado que: La consagración constitucional de estos procesos les otorga un especial carácter, que los hace diferentes de los procesos ordinarios en cuatro aspectos: i) por sus fines, pues a diferencia de los procesos constitucionales, los ordinarios no tienen por objeto hacer valer el principio de supremacía constitucional ni siempre persiguen la protección de los derechos fundamentales; ii) Por el rol del juez, porque el control de la actuación de las partes procesales por parte del juez es mayor en los procesos constitucionales; iii) Por los principios orientadores, pues si bien es cierto que estos principios, nominales, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como los de publicidad, gratuidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso de oficio, elasticidad y de favor processum o pro actione, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales; y iv) Por su naturaleza, que es de carácter subjetivo-objetivo, pues no solo protegen los derechos fundamentales entendidos como atributos reconocidos a favor de los individuos sino también, en cuanto se trata de respetar los valores

materiales del ordenamiento jurídico, referidos en este caso a los fines y objetivos constitucionales de tutela urgente (...) (Sentencia del pleno jurisdiccional del Tribunal constitucional, 2006).

Nuestra Constitución Política de 1993, establece que el Tribunal Constitucional, es órgano encargado y competencia de resolver en última instancia mediante un fallo de mayoría las resoluciones denegatorias en materia de garantías constitucionales mediante: acción de amparo, hábeas corpus, acción de cumplimiento y hábeas data, que tutelan los derechos fundamentales.

Después del primer gobierno de Alan García, la lucha armada ha cesado por diversas causas, la violencia política y social no ha dejado, más bien se advierte cada día mayor corrupción y delincuencia en las calles de las ciudades hacinadas en la pobreza, aunque en sus múltiples discursos de los presidentes que nos gobiernan son ganados por el neoliberalismo sin control alguno, entonces tenemos una legislación neoliberal en materia social y económica; que afecta no solo a la población desprotegida frente al mercado y las corporaciones privadas, sino también se ha dado paso a una etapa de inseguridad jurídica y violencia urbana. Esto incide directamente con la protección o desprotección de los derechos fundamentales de libertad, igualdad y seguridad ciudadanas, por parte del Estado, que afecta de manera sustancial a la formación real de los derechos fundamentales en nuestra sociedad.

El TC ha sido desbordado por los expedientes constitucionales pendientes de resolución, al punto que ha dejado de sentenciar como mínimo más de dos tercios de las causas ingresadas; y es del caso aclarar que la eficiencia de la justicia constitucional no solo es una cuestión cuantitativa de resolución de causas pendientes, sino fundamentalmente cualitativa; por eso se ha señalado que la eficacia de la justicia

se encuentra en la actualidad íntimamente ligada a la de un modelo de proceso que, sin olvidar sus principios consustanciales (contradicción igualdad de armas, dispositivo en las democracias occidentales), posibilite una rápida solución del conflicto (...) (Pueblo, 2018).

El Tribunal Constitucional como organismo constitucional encargado de defender los derechos fundamentales y la constitucionalidad de las leyes, presenta un balance insuficiente en relación a las expectativas que se le depositaron. Debido a que la jurisdicción constitucional solo es plenamente válida en sociedades con gobiernos democráticos; de lo contrario, la defensa de los derechos fundamentales queda a merced de los poderes del gobierno, como es el caso de la sentencia del Exp. 046-96-HC/TC. En este caso, la mayoría de magistrados optaron por una interpretación extensiva de un precepto constitucional, a fin de justificar o legitimar la detención de un ciudadano (Carpio, 1993).

Ello se debe a diversas razones, que se podrían resumir en una jurídica y otra política. La razón jurídica se encuentra en la ideología jurídica positivista, predominante en el Tribunal Constitucional, plagado de un razonamiento judicial discrecional que no funda sus fallos en razonamientos normativos y dogmáticos demostrables; sino en referencias legales que no las vinculan con el caso sub litis, sino apenas sirven de apoyo a sus opiniones sobre la materia en conflicto. En consecuencia, se puede afirmar que el Tribunal Constitucional resuelve en última instancia la tutela de los derechos fundamentales, en base al criterio de autoridad «*obiter dictum*», por el cual, primero deciden y luego justifican legalmente su fallo (Dworkin, 1997).

Una segunda razón, radica en la falta de independencia respecto del poder; debido a que, en la nominación de los siete magistrados del TC, la mayoría parlamentaria aseguró la presencia de abogados que habían servido al gobierno o magistrados vinculados al poder. De allí, que en las causas más litigiosas, ciertamente en materia de inconstitucionalidad de la ley de reelección presidencial, el Tribunal Constitucional se transformó en una caja de resonancia del conflicto entre gobierno y oposición; con los resultados de la expulsión por parte de la mayoría parlamentaria de tres magistrados –Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo de Murque– declararon inconstitucional dicha ley (Landa, Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú, 1997).

En nuestro país el cuestionamiento de control en general, no se ha realizado eficazmente en su mínimo esplendor, porque los mismos fiscalizadores son familiares o partidarios políticos de los gobiernos, por lo cual es mucho peor aceptar un control de sus actor por medio de la jurisdicción constitucional, como ha quedado evidenciado en los últimos años. Esto supone la falta de entendimiento del gobierno del rol que le corresponde jugar a un Tribunal Constitucional en un sistema democrático constitucional, como garante de la división y balance de poderes, y de la protección de los derechos fundamentales.

Agregando el maestro Cesar Landa: la experiencia de la jurisdicción constitucional, bajo el gobierno de Fujimori, por un lado, expresa el vaciamiento o desustancialización del proceso de democratización y constitucionalización peruano, expresado en el desmontaje de la idea-síntesis de la supremacía constitucional; como, por otro lado, la renuencia del poder gubernamental, político y militar de someterse al control y racionalización del poder, con la anuencia de su mayoría parlamentaria en el Congreso y de la Corte Suprema en el Poder Judicial. Lo cual no está exento del

cargado positivismo judicial de la justicia constitucional, que ha establecido una jurisprudencia basada en normas legales, antes que en un pensamiento constitucional propio (Landa, Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú, 1997).

En cualquier caso, la justicia constitucional no puede defenderse de sus enemigos basándose en construcciones positivistas o neopositivistas e interpretaciones hiperformalizadas que constantemente contradicen la realidad. Por ello, se precisa las normas constitucionales y legales que regulan al Tribunal Constitucional, se tienen que redimensionar fortaleciendo su función de limitación del gobierno por el derecho, es decir, defendiendo el orden y los valores constitucionales, propios de los principios de la supremacía jurídica de la Constitución y de la supremacía política de la democracia. Esto sólo es posible partiendo de reconocer, junto al carácter jurídico de la labor del Tribunal Constitucional, la naturaleza y las consecuencias políticas de las resoluciones del mismo.

Por ello, debe quedar sentado que la jurisdicción constitucional ejerce sus funciones entre el derecho y la política, lo que a menudo produce colisiones **intrasistémicas** en los países con democracias frágiles, como en el Perú, donde el Tribunal Constitucional ha intentado atrapar y encerrar en el marco de la Constitución a los indómitos poderes de iure y de facto. Esto no es óbice para señalar que los magistrados constitucionales en gobiernos democráticos, materialmente entendidos, deben actuar con prudencia jurídica o razonablemente “*juris prudentia*” para asegurar su *status* de independencia (Zagrebelsky, 1995).

El doctor Landa, Cesar agrega: «(...) sin perjuicio de refundar la jurisdicción constitucional, en el seno de un Estado de Derecho pluralista y tolerante; es decir, que la legitimidad democrática del poder sólo se justifica a partir de la existencia y la operatividad a nivel real de la oposición política y del respeto de las minorías sociales, a través de la defensa de los derechos humanos»; también, se debe potencializar el uso subsidiario o alternativo del derecho internacional de los derechos humanos, como un nuevo escenario supranacional capaz de morigerar los excesos del poder nacional, en base al respeto del principio *pacta sunt servanda* de los tratados internacionales sobre derechos humanos y del balance de poder internacional, que asegura su cumplimiento. Experiencia que, en el derecho europeo, viene logrando éxitos al articularse las relaciones entre la Corte Europea de Derechos Humanos de Strasbourg con los tribunales constitucionales de los países miembros de la Convención Europeo de Derechos Humanos; lo cual es homologable para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en su relación con los tribunales constitucionales o los sistemas judiciales comunes (Landa, *Del tribunal de garantías al tribunal constitucional*, 1995)

La defensa de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales, vienen a ser el vértice para que las garantías procesales se configuren como mecanismos de defensa de ambos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, no sólo porque se desprenden de un texto normativo que es norma fundamental, sino por su dimensión axiológica de unión inseparable a la dignidad humana, fundamento último del orden constitucional. De este modo, aunque resulte obvio decirlo, también los jueces están sometidos en su actuación a los contenidos de la constitución. Ello supone desde luego, que todos los derechos fundamentales vinculan a los jueces y no solo los referidos a la tutela jurisdiccional efectiva (...).

El Tribunal considera, en este sentido, que la enunciación de una lista de derechos que el legislador ha establecido como atributos de la tutela procesal efectiva, para efectos de controlar la actuación de los jueces e incluso de los fiscales en el ámbito de sus respectivas competencias relacionadas con los procesos judiciales; no agota las posibilidades fácticas para el ejercicio de dicho control, ni tampoco quiere significar una lista cerrada de derechos vinculados a la cláusula general de la tutela general efectiva (...) resulta por tanto razonable pensar que tal enunciado no está estableciendo la imposibilidad de que otros bienes constitucionales, y no solo la tutela procesal, pueden resultar afectados mediante la actuación del poder jurisdiccional del Estado (Sentencia, 2006).

Conforme a lo señalado Castillo, Luis. En el caso del sistema peruano si bien con la expresión derechos constitucionales se significa lo mismo que con la expresión derechos fundamentales, es más conveniente optar por la primera de ellas porque el empleo de la segunda aludiría aun indirecta e inconscientemente a un sistema formulado por dos grupos de derechos: derechos constitucionales fundamentales y los derechos constitucionales no fundamentales o sencillamente derechos constitucionales, en los cuales los primeros están por encima de los segundos (Castillo, 2008).

Conforme a lo desarrollado de Castillo, Luis. La dignidad humana es el valor superior de la Constitución, desde donde se orienta a la entera actividad estatal ya que la persona siempre será la finalidad del comportamiento estatal y nunca un medio, es el Estado para la persona y no la persona para el Estado (Castillo, 2008).

El doctor Ferrajoli, luigi, los principios en los que se fundamentan los derechos constitucionales son:

La igualdad. Implica el deber de dar a todos los individuos los derechos, la necesidad de reconocer igual valor de los individuos por encima de las diferencias; en consecuencia, se reconocen iguales derechos. La igualdad significa convivencia de las diferencias y sin el reconocimiento de derechos no existe la posibilidad de generar un dialogo pluricultural.

La democracia constitucional. Es un criterio axiológico que permite establecer cuáles son los derechos que un determinado ordenamiento considera fundamental. Dependiendo del tipo de derechos reconocidos, se puede determinar el tipo de democracia adoptada. La democracia sustantiva explica como los derechos condicionan límites y vínculos sociales a la democracia política.

La paz. Los derechos se relacionan con la consecución de la paz. Se trata de un concepto relacionado con la autodeterminación de los pueblos y que ha sido definido como derecho a nivel internacional, aunque en la actualidad no es reconocido de igual manera por todos los pueblos, lo cual dificulta su eficacia.

La tutela del más débil. La protección de aquellas personas situadas en posiciones más débiles fundamenta el reconocimiento de derechos. Dicho reconocimiento se convierte en una técnica idónea para asegurar indisponibilidad e inviolabilidad de expectativas vitales. Se les coloca por encima de las fuerzas del mercado y la política (Ferrajoli, 2001).

Además, es importante ver Los procesos constitucionales como garantía de los derechos fundamentales. En primer término, podemos decir que entre el Derecho Procesal Civil y el Derecho Constitucional puede implicar una serie de conectores y precisiones. A efectos prácticos, nos interesa aquí precisar que determinadas instituciones procesales, aplicables en los procesos civiles, se integran en el derecho constitucional dando origen a un nuevo sistema jurídico denominado derecho procesal constitucional y que ha ido adquiriendo un nuevo paradigma en el desarrollo de los procesos constitucionales.

Así, ya nadie pone en duda que las normas reguladoras de los procesos constitucionales deben ser estudiadas con independencia de las normas constitucionales sustantivo.

En consecuencia, procesal constitucional constituye un ordenamiento diferente de naturaleza adjetiva, debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya ejecución sirve la Constitución y debe ser interpretado e integrado atendiendo a la especialidad que este presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico. Se entiende de ello que el derecho procesal constitucional, implica necesariamente un nuevo paradigma del resto de regulaciones procesales. Entonces el Código Procesal Constitucional tiene que ser entendido como un derecho constitucional especializado. Al servicio de la especialización de la Constitución. Por ello, opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales que el juez y el Tribunal Constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada. De esta manera, esta especialización de la Constitución en cada controversia constitucional impone correlativamente que la hermenéutica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme a una interpretación especialmente constitucional de las normas procesales constitucionales, una interpretación del Código Procesal Constitucional desde la perspectiva

Constitución, en definitiva, de una interpretación teleológica de la norma procesal constitucional orientada a la especialización y maximización de los tratados principios constitucionales materiales.

Por otro lado, el Derecho Procesal Constitucional también es entendido como una forma de concretizar el Derecho Constitucional y en esa línea implica la aplicación de determinados principios constitucionales en toda actividad jurisdiccional.

Vásquez, Jorge. Señala que el TC o el juez constitucional en su actividad jurisdiccional no pueden ni deben soslayar. Básicamente se pueden mencionar los siguientes: i) el principio del doble carácter de los procesos constitucionales, ii) el principio de autonomía procesal del TC; y, iii) el principio de interpretación conforme con la Constitución de los principios y categorías procesales (Vásquez, 2006).

Haber, Peter (2003). “El primer principio está estrechamente relacionado con el doble carácter de los derechos fundamentales, el cual se trata de entenderlos desde un ámbito subjetivo y como objetivas portadoras de valores que informan el ordenamiento jurídico todo” (p. 73).

Con todo, puede apreciarse que el principio de doble carácter atraviesa a todos los procesos constitucionales e impone al TC y a los jueces constitucionales la tutela de la dimensión subjetiva, pero sin descuidar la garantía de protección del ámbito objetivo de la Constitución. De modo tal que, en virtud de la jurisprudencia del TC, los procesos constitucionales clásicamente considerados como subjetivos o de tutela de derechos se han objetivizado, mientras que los procesos tradicionalmente

considerados objetivos o de control constitucional se han subjetivizado, si bien al punto que ninguna de sus dimensiones llega a desaparecer (Vásquez, 2006).

En relación al segundo principio, señalamos que con el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y el ejercicio de la autonomía procesal, el Tribunal Constitucional puede omitir determinadas formalidades para alcanzar los fines del proceso, ya que como entidad resolutoria no podría decir que no puede resolver o que faltan fundamentos, aun así, dictar determinadas reglas para lograr los mismos. La autonomía procesal está relacionada con la relevancia del Derecho Procesal Constitucional y con la posición del Tribunal Constitucional en la determinación de la jurisprudencia Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha indicado que: Según [el principio de autonomía procesal], este Tribunal detenta en la resolución de cada caso concreto la potestad de establecer, a través de su jurisprudencia, normas que regulan el proceso constitucional a través del precedente vinculante del artículo VII del C P Const., en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional. La norma así establecida, está orientada a resolver el concreto problema –vacío o imperfección de la norma– que el caso ha planteado y, sin embargo, lo trascenderá y será susceptible de aplicación ulterior (...) (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005).

El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia en el marco de los principios generales del derecho constitucional

material y de los fines de los procesos constitucionales (Resolución del Tribunal Constitucional, 2005).

Podemos indicar, en cuanto al tercer principio. Resulta evidente que la aplicación constitucional trae necesariamente que todos los temas del derecho sean interpretados de acuerdo a la Constitución. El principio de primacía constitucional implica que la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma, por estar sobre todas las normas, que está establecido en el artículo 51° de la Constitución Política. Pero, en el neo constitucionalismo se entiende que, las normas inferiores a la Constitución ya no son verticales y subordinadas sino que son normas que se sistematizan horizontalmente, pero si la Constitución es el marco de partida de todas las normativa sobre todo el sistema jurídico y sobre los órganos estatales.

Los procesos constitucionales en nuestra Constitución lo encontramos en el artículo 200° de la Constitución Política y se refiere a aquella tutela urgente, que busca proteger eficazmente los derechos fundamentales. Todos estos procesos tienen una doble dimensión, la subjetiva y la objetiva, **la cual** está relacionada con el orden constitucional y jurídico, como principio de un Estado Constitucional y democrático, en el marco de un régimen que busca un equilibrio de poderes de pesos y contrapesos.

El artículo II del Código Procesal Constitucional señala que, son fines del proceso constitucional, garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales; siendo que, la finalidad se refleja en la estructura de los mismos procesos, los orgánicos o de legalidad y los de libertad, los primeros, destinados a garantizar la supremacía constitucional y los segundos la efectividad de los derechos fundamentales. Tenemos los principios procesales aplicables a los procesos constitucionales que debemos tener presente que los procesales aplicables a los procesos constitucionales conforme se ha

desarrollado en la doctrina, legislación y en la jurisprudencia constitucional son los siguientes: dirección judicial del proceso, economía y gratuidad procesal, inmediatez, socialización del proceso, el impulso procesal de oficio, suplencia en la queja deficiente y *iura novit curia*

Los principios procesales del Código Procesal Constitucional. El artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece los principios procesales que regulan los procesos constitucionales. Que establece que: Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, intermediación y socialización procesales.

El juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.

Así mismo, el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en éste Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

Cuando en un proceso constitucional se presenta una duda razonable respecto si el proceso debe declararse concluido, el juez y el Tribunal Constitucional declararan su continuación.

La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente código (Código procesal constitucional, 2004).

El principio de **dirección judicial** ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional y se señala en relación a este principio que la Constitución delega en la figura del juez

constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta (...) los procesos constitucionales tienen una finalidad sumarisima que determina la ausencia de etapa probatoria en ellos, siendo responsabilidad de los recurrentes adjuntar los medios que consideren idóneos al proceso, a fin de causar en el juzgador la suficiente discrecionalidad para vislumbrar la pertinencia o no del derecho que se pretende tutelar (...). El principio de inmediación, por su parte, procura que el juez constitucional tenga el mayor contacto con los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares) que conforman el proceso, para lograr una aproximación más exacta al mismo, **lo cual** puede motivar la necesidad de una eventual actuación probatoria ante la urgencia o inminencia de una tutela jurisdiccional constitucional efectiva (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005).

El principio de **gratuidad en la actuación del demandante** el Tribunal Constitucional ha desarrollado el principio en dos contenidos esenciales estos son: la gratuidad para las personas de escasos recursos y la gratuidad para todos e los casos que señala la ley. Aunque el TC no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el principio de gratuidad en los procesos constitucionales, la gratuidad señalada en el Código Procesal Constitucional se ubica en el segundo de los supuestos antes señalados, es decir, como una gratuidad de alcances generales determinada legislativamente; ello, sin duda en atención a la trascendente entidad de los bienes jurídicos protegidos por los procesos constitucionales, y en tanto, los derechos fundamentales no solo interesan al interés subjetivo de quien busca su defensa, **sino también** el orden público constitucional (Eto, 2019).

El principio de **economía procesal** que hoy está subyacente en todos los procesos judiciales modernos y se reduce al axioma de que debe tratarse de obtener el mayor resultado posible con el mínimo de empleo de actividad procesal. El principio de economía procesal, estrechamente vinculado con el de celeridad que es exigencia de la tutela de urgencia que brinda el amparo, para adecuar vías procesales que fueron mal empleadas por los justiciables. Así, por ejemplo, en numerosos casos el Tribunal Constitucional ha procedido a encauzar procesos planteados como hábeas corpus a la vía procesal del amparo, en tanto los derechos tutelados correspondían a esta segunda vía y no a la primera. Además, el TC ha tenido ocasión de recordar que, independientemente de que los procesos ordinarios también deben ser resueltos dentro de un margen razonable de tiempo, los procesos constitucionales deben revertir una dosis especial de celeridad (que implica el principio de economía en cuanto al ahorro del tiempo), por la propia naturaleza de los bienes y valores que se tutelan. En este sentido, el carácter preferencial y sumario de los procesos constitucionales, debe convertirse en un baremo de ineludible observancia para los jueces constitucionales, quienes, en palabras del TC deben reflejar un mayor grado de sensibilidad constitucional en la tramitación de los mismos y no, caer en un extremo formalismo que, dilatando excesivamente el proceso, convierta a este en un ritual legal carente de todo sentido y finalidad. (Eto, 2019).

Principio de **inmediación**, supone que las audiencias y todos los actos procesales deben ser realizados ante el juez y no le está permitido delegar lo que le es consustancial a su cargo y función. En consecuencia, el principio de inmediación plantea la idea de que el Juez en forma exclusiva y excluyente es el conductor del proceso constitucional; y por tanto, él es quien define la incertidumbre jurídico-constitucional; y para ello debe tener el mayor contacto posible con los sujetos del

proceso, con los elementos materiales que tienen que ver con el litigio, con el propio desarrollo de los actos procesales y con la valoración de los medios probatorios recaudados en el proceso (Eto, 2019).

El principio de **socialización del proceso**, pretende o aspira, en una inexorable postura axiológica, a la democratización del proceso, a fin de que los litigantes tengan las mismas condiciones que no se le debe negar a otro. La igualdad de las partes en el proceso constitucional significa que estas gozan de iguales oportunidades para su defensa; y, que no se puede concebir que manifiesten procedimientos privilegiados, bien sea que una de las partes sea el Estado a través de uno de sus órganos (...) que le TC ha resaltado la trascendencia social que asumen los procesos constitucionales en el marco de un Estado Constitucional y Democrático, que procura la integración social y la conciliación de los legítimos intereses de la sociedad con los legítimos intereses de la persona, los procesos constitucionales se erigen en el espacio público por excelencia para la composición de los conflictos sociales y la construcción pacífica de la sociedad plural (Eto, 2019).

El principio de suplencia en la queja deficiente y *iura novit curia*, dentro de los poderes que tiene el juez constitucional a la hora de tramitar y decidir en el seno de un proceso constitucional, se encuentra, de modo muy especial, el de suplir las deficiencias formales en que hubiera incurrido el demandante a la hora de interponer su demanda (suplencia en la queja deficiente) y el calificar correctamente el acto lesivo, según el derecho fundamental que se hubiese vulnerado (*iura novit curia*) (Eto, 2019).

Que el TC bajo el marco de la ley N° 23506 desarrolló la figura de la suplencia de la queja deficiente, manifestando al respecto lo siguiente:

Lo señalado por este Tribunal en los fundamentos precedentes se encuentra enmarcado por los alcances de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N° 23506, donde se estipula: el juez deberá suplir las deficiencias procesales en que incurra la parte reclamante (...). Por su parte, y siguiendo la misma línea, el artículo 9° de la Ley N° 25398 precisa si el acto incurre en error al nominar la garantía constitucional (...) que (...) quiere ejercer, el juez ante quien haya sido presentado se inhibirá de conocimiento y la remitirá de inmediato al competente. Estas disposiciones atañen concretamente a la suplencia de los actos procesales deficientes y, por tanto, a aspectos estrictamente formales, pero no necesariamente desprovistos de repercusiones de orden sustancial. Tal facultad es otorgada a los jueces constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico, para adecuar su pretensión a fin de otorgar protección constitucional al quejoso, en aquellos casos en los que se advierta un error o una omisión en el petitorio (Sentencia del tribunal Constitucional, 2003).

2.2.2.2. Definición de derecho a la libre circulación o libre tránsito

Según Bernaldes (2012) señala que el derecho de transitar por el territorio, es decir, de viajar libremente dentro de él sin que dicho movimiento le pueda ser impedido y, también, de permanecer en el lugar que se prefiera.

El derecho de salir libremente del territorio nacional e ingresar en él está relacionado con el que reconoce el inciso 21° del artículo 2° de nuestra Constitución, que señala:

A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República (Constitución Política del Perú, 1993).

También la restricción o suspensión en caso de decretarse estado de emergencia o estado de sitio como lo señala el artículo 137° de nuestra Constitución y dice:

El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

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 (...)

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. (...) (Constitución Política del Perú, 1993).

Las limitaciones que pueden ser establecidas por tres razones: de sanidad, es decir, cuando se afecta o pone en peligro la seguridad del país en materia de salud (por ejemplo, ante la inminencia del ingreso de una enfermedad por personas que puedan portarla del exterior, o de un lugar del territorio a otro, o de residuos peligrosos). Por mandato judicial; es decir, cuando el juez ordena que se prohíba a alguien el ejercicio de alguno de estos derechos;

y, por aplicación de la ley de extranjería, que es aquella situación en la que una persona pretende salir del territorio sin el cumplimiento de las normas del caso (por ejemplo no portar pasaporte), o en la que ha ingresado o permanece en el territorio sin cumplir las disposiciones vigentes en materia de inmigración, visas, etc., casos el que puede, inclusive, ser expulsado.

Según Dávalos (2008) señala que la migración internacional es una de las problemáticas más graves que frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la potestad reguladora de los Estados sobre sus fronteras frente a la creciente movilidad de las personas que buscan ingresar a sus territorios ha dejado de ser una política reguladora y garantista, y más bien se ha convertido en una restrictiva herramienta de explotación, discriminación y violación de derechos, disfrazada de sesgados valores y claros intereses, como son la soberanía nacional y el sostenimiento del capitalismo global.

Entonces cuando nos referimos al estudio que explora la relación entre derechos humanos, migración y política pública en el contexto de la globalización, Chávez (2006) “el desplazamiento residencial de la reproducción cotidiana de la existencia, de una socio-espacio a otro” (p. 4) Según la autora, desde el enfoque de derechos, este desplazamiento supone el reconocimiento de la libertad de tránsito y residencia.

Así, en ejercicio de estos derechos, De Sousa (1999) expone que: “las personas pueden cruzar las fronteras como turistas, negociantes o trabajadores, como científicos, estudiantes, consumidores o refugiados. Estos movimientos interfronterizos suscitan una gran cantidad de problemas socio jurídicos” (p. 115) Entonces podemos decir que es un hecho que los grupos en condiciones de mayor vulnerabilidad ante estos problemas son los migrantes económicos, así como los buscadores de asilo y refugio.

Que la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece los derechos a la libre circulación y residencia de las personas, y la obligación de los Estados de regular la realización de estos derechos.

En la Observación General N° 27, comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 12° - La libertad de circulación, 67° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202 (1999) señala lo siguiente:

La libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona. También está relacionada con otros derechos consagrados en el Pacto, como se observa a menudo en la práctica del Comité al examinar los informes de los Estados Partes y las comunicaciones de los particulares.

Las limitaciones permisibles que pueden imponerse a los derechos protegidos en virtud del artículo 12° no deben anular el principio de la libertad de circulación, y se rigen por las exigencias establecidas en el artículo 12°, párrafo 3, de que sean necesarias y además compatibles con los otros derechos reconocidos en el Pacto.

Toda persona que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado disfruta, dentro de ese territorio, del derecho de desplazarse libremente y de escoger su lugar de residencia. (...) que, si un extranjero hubiere entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12°.

El derecho de circulación libremente se relaciona con todo el territorio de un Estado, incluidas todas las partes de los Estados Federales. El disfrute de este derecho no debe

depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar.

El derecho de libre tránsito, libertad de circulación y residencia pueden ser restringidos por los Estados sólo para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública y los derechos y libertades de terceros. Para ser permisibles, las restricciones deben ser previstas por la ley, deben ser necesarias en una sociedad democrática para proteger los fines mencionados y deben ser compatibles con todos los demás derechos reconocidos en el Pacto.

El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas.

La aplicación de restricciones en cualquier caso particular debe tener un fundamento jurídico claro y cumplir con el criterio de ser necesarias y con el requisito de proporcionalidad. No se cumplirían esas condiciones, por ejemplo, si se impidiera a una persona salir del país por el simple motivo de ser depositaria de “secreto de Estado”, o si se impidiera a una persona desplazarse por el interior sin un permiso especial. En cambio, cabe que se cumplan las condiciones en caso de restricciones de acceso a zonas militares por motivos de seguridad o de limitaciones para establecerse libremente en regiones habilitadas por comunidades indígenas o minoritarias.

2.2.2.3. Definición de derecho a la protección a la salud

El derecho a la salud surge como derecho universal de segunda generación, un derecho social de carácter programático, pero que se debe establecer esa programación con la debida prevención; los cuales son derechos económicos y sociales guardando coherencia con lo establecido en la Constitución. Que debe ser uno de los ejes del Estado para poder tener una digna sanación en los hospitales, que necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena y completa. Los derechos programáticos no facultan a los ciudadanos a requerir judicialmente su ejecución inmediata, pero el Estado no debe esperar el desborde de los hospitales para recién actuar y construir hospitales, pues no gozarían de tutela jurisdiccional; sin embargo, estos derechos sí serían exigibles políticamente, y podrían encontrar satisfacción de acuerdo a la coyuntura gubernamental vigente. Ello se confirma con el tenor del Código Procesal Constitucional Peruano, que delimita el campo de aplicación de los procesos de amparo solo afectaciones directas de los derechos fundamentales expreso o tácito, o por trasgresiones a su ámbito constitucionalmente protegido.

La concepción programática del derecho a la salud es recogida hoy por la mayoría de constituciones en el mundo; así en Brasil, la Constitución de la República Federativa considera al derecho a la salud como derecho social; también en Colombia, la Constitución considera a la salud como un derecho social y la atención de la salud un servicio público; en México, la Constitución de Querétaro indica que: Toda persona tiene derecho a la protección de la salud; en España, la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud; en Italia, la Constitución señala la protección a la salud como derecho fundamental e interés básico de la colectividad. Nuestra Constitución Política establece en los siguientes términos en su artículo 7º establece que: Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa y el Estado determina la política nacional de salud. Así también en el artículo 9º establece que; El

Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

Que el derecho a la salud es un derecho programático y fundamental de las personas, el Estado confiere tutela jurisdiccional. En esta perspectiva el Tribunal Constitucional establece:

En la Sentencia 2016-2004-AA/TC, establece: Nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales formalmente establecidos en el Artículo 2.º de la Constitución y, más bien, se le reconoce en el Capítulo de los Derechos Económicos y Sociales a que se refieren los Artículos 7.º y 9.º; sin embargo, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho acentúa su carácter fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía acción de amparo (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2004).

Los derechos fundamentales representan los pilares de un sistema jurídico, no existen derechos por encima de ellos, coexisten con otros derechos fundamentales en condiciones de igualdad; solamente para un caso concreto un derecho fundamental puede prevalecer sobre otro, previa aplicación del test de ponderación o proporcionalidad, aun así, los derechos fundamentales deben ser sistematizados y actuar en protección del ser humano. En contraste el enfoque conservador propugna la validez de la protección constitucional al derecho fundamental a la salud por su vinculación con otro derecho fundamental. El derecho a la salud es íntimamente relacionado con el derecho a la vida, por ello se tiene que buscar que el

ser humano tenga una vida sana. De acuerdo a este enfoque el derecho a la salud constituye un derecho fundamental.

Así, también lo podemos mencionar que en la Corte Constitucional de Colombia, en una postura que llamaremos enfoque progresista. Éste considera al derecho a la salud como derecho fundamental de las personas, sin dejar de lado su esfera de derecho universal programático. En la Sentencia T-737/13 señala: El derecho a la salud es un derecho fundamental de carácter autónomo. Según el artículo 49° de la Constitución Política, la salud tiene una doble connotación -derecho constitucional y servicio público- (...) siendo latente la amenaza de transgresión, el juez de tutela debe hacer efectiva su protección mediante este mecanismo, sin excepción. El derecho a la salud es un derecho fundamental y tutelable, que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos, siendo la acción de tutela el medio judicial más idóneo para defenderlo, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional. En similar sentido, en la Sentencia T-760/08 indica: /...Se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona.

En nuestro país, ese desarrollo del derecho a la salud se aprecia en alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre otras: Sentencia 2002-2006-PC/TC: caso Pablo Fabián Martínez y otros, que dispone al Ministerio de Salud implementar un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas por plomo en La Oroya. Sentencias 2945-2003-AA/TC y 2016-2004AA/TC, casos Azanca Meza García y José Correa Condori, que ordenan al Ministerio de Salud brindar a los demandantes tratamiento contra el VIH/SIDA. Sentencia 02480-2008-PA/TC, caso Ramón Medina Villafuerte, que ordena a EsSalud otorgar al accionante atención médica y hospitalización permanente e indefinida, y

proceda a la provisión constante de los medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad mental, así como a la realización de exámenes periódicos, y la Sentencia 7231-2005-PA/TC, caso Javier García Cárdenas, que dispone a EsSalud continuar prestando servicio de diálisis al demandante, hasta que no se resuelva lo contrario por disposición de funcionario competente, mediante resolución debidamente motivada.

Esto hasta hoy en día no se cumple en su totalidad, por falta de recursos, por ello se tendrá que entender que son nuevos paradigmas que el Estado irá solucionando paulatinamente, porque todo cambio de paradigma siempre implica dificultades que pueden solucionarse desde diferentes perspectivas. Por un lado, el reconocimiento del ámbito de derecho fundamental de las personas del derecho a la salud, ha generado su judicialización. Pereira, Santiago, explica que: (...) la situación se ha vuelto de extrema gravedad en Brasil, Colombia y Costa Rica. Es también preocupante en Argentina. En Chile y Uruguay el fenómeno es más incipiente, pero igualmente relevante (Pereira, 2016).

En Argentina se discuten dos casos, uno referente a un niño con enfermedad crónica que el sistema decidió no seguir brindando medicamentos, y que luego del fallo judicial se resolvió que el estado debe de garantizar la provisión del mismo al menor; por otro lado, el caso de una madre indigente con ocho hijos, donde una hija padecía de una cardiopatía la cual debía ser operada, y que el jurado decidió que debe de operarse; y casos más recurrentes de medicina prepagada, supeditada al vínculo laboral del trabajador, que pierde prestaciones de salud al terminar el vínculo laboral, donde un actor con diagnóstico de VIH consiguió, mediante disposición de la corte judicial, que la empresa de medicina prepagada debería mantener la cobertura del plan de salud (Abramonich, 2008) .

2.2.2.4. Definición del derecho al trabajo

Se establece se acuerdo a nuestra Constitución Política y de los tratados internacionales suscritos por el Perú, señala la STC N° 01647-2013-PA/TC, que declara improcedente una demanda de amparo interpuesta por un trabajador, que solicitaba la reincorporación a su puesto laboral.

A criterio del Tribunal Constitucional, en la Constitución vigente no se menciona el derecho a la estabilidad en el trabajo ni se especifica que las únicas causas de despido sean las previstas expresamente en la ley.

El Tribunal Constitucional, además, señala que de acuerdo al diario de debates del pleno del Congreso Constituyente Democrático de 1993, en esa Asamblea prosperó la tesis de suprimir la reposición en materia laboral y optar por mecanismos alternativos de protección contra el despido arbitrario.

Podemos mencionar que el Protocolo de San Salvador y el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), señala que, lejos de considerar a la reposición como un remedio indispensable, dichos instrumentos internacionales reconocen que esta puede ser válidamente sustituida por el pago de una indemnización sin que ello implique desproteger al trabajador frente al despido arbitrario.

Para el TC, en vez de prescribirse un régimen de estabilidad laboral absoluta, las mencionadas disposiciones internacionales legitiman y respaldan lo establecido en el artículo 27° de la Constitución, que señala que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

El TC concluye también que el derecho al trabajo garantiza a las personas la posibilidad de obtener ingresos y hacer efectivo su proyecto de vida dedicándose a la profesión u oficio de su elección.

Entonces, por mandato constitucional, las restricciones de acceso o salida al mercado de trabajo estén prohibidas y puedan instaurarse solo de manera excepcional por razones de orden público, agrega el colegiado del TC.

El TC, de este modo, determina que el derecho al trabajo comprende una protección en sentido positivo que implica permitir la realización de labores lícitas por parte de las personas; y, por otro lado, una protección en sentido negativo, que garantiza a las personas que no serán forzadas a realizar labores en contra de su voluntad, lo cual comprende la facultad de renunciar a su trabajo.

Iniciativa y competencia a juicio del TC, el derecho al trabajo está estrechamente vinculado a las garantías jurídicas, a la libre iniciativa privada y a la libre competencia, establecidas, respectivamente, en los artículos 58° y 61° de la Constitución Política. En ese sentido, el TC establece que las personas determinen qué producir, cómo producir y cuánto producir en una economía social de mercado, Todo ello, detalla, se contrapone al régimen de reposición laboral en el cual cada puesto de trabajo es personal de quien lo ocupa.

2.2.2.5. Definición del derecho a la libertad de cátedra

El derecho a la libertad de cátedra se origina formalmente como exigencia jurídica en la doctrina alemana, como un modo de impedir que los gobernantes intervinieran en lo que los profesores investigaban y enseñaban, para encontrar universalidad en la enseñanza. Es por ello un derecho fundamental moderno; que tenemos que entenderlo como una búsqueda para

los estudiantes y estos tengan un mayor margen de posibilidades de aprendizaje, ya que se busca limitar la actividad de la autoridad; en este caso, de las autoridades civiles e institucionales para intervenir en el libre desempeño académica del estudiante.

Entonces por libertad de cátedra debe entenderse, como la facultad de que disponen los docentes para investigar, enseñar y publicar sobre cualquier tema que consideren de interés profesional; sin riesgo ni amenaza de sanción alguna; claro está con la adecuada demostración de inexcusable incumplimiento de la ética profesional. Por ello estas ante el del derecho a seguir las propias investigaciones y estudios hasta donde los docentes conduzcan; y el de enseñar a los estudiantes de acuerdo con la mejor comprensión de la instruir para una mejor sociedad.

Los encargados de este derecho son todos los profesionales que tienen la responsabilidad de enseñar, sea cual sea su nivel de docencia y sean o no miembros del profesorado público. Así lo establece nuestro Tribunal Constitucional, en el EXP. 0091-2005-PA/TC señala: El contenido esencial de la libertad de cátedra, en esa medida el ámbito protegido por esta vía constitucional, comprende la libertad del individuo para expresar libremente sus opiniones sobre la institución o el sistema en el que trabaja, para desempeñar sus funciones sin discriminación ni miedo a la represión del Estado o de cualquier otra institución, o de participar en organismos académicos profesionales o representativos y de disfrutar de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente que se apliquen a los demás habitantes del mismo territorio. Mas, como todo derecho fundamental, conlleva límites inmanentes en su ejercicio, como el deber de respetar la libertad de cátedra de los demás, velar por la discusión ecuánime de las opiniones contrarias y tratar a todos sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos.

Entonces podemos señalar que: Que el centro educativo inicial, primaria, secundaria y superior, no puede imponer al profesor la obligatoriedad de transmitir a sus alumnos los

criterios científicos e ideológicos, los valores y conceptos que la dirección del centro educativo establezca con carácter de uniformidad. La libertad de cátedra supone fundamentalmente la posibilidad de expresar las ideas y convicciones que cada profesor asume como propias, en relación a la materia objeto de enseñanza, y por lo tanto violaría la libertad científica cualquier predeterminación de esos conceptos o ideas. La aplicación de esta regla general debe ser más universal, cuando se trata de centros universitarios que aún una inspiración religiosa, o que declaran previamente los principios teóricos o éticos a los cuales la institución libremente decide adscribirse, sin perjuicio del orden público, la moral y las buenas costumbres. La actividad docente de ninguna manera debe ser sometida a censura previa, ni tampoco a actos correctivos con posterioridad; salvo en el caso de estar impartiendo doctrinas ultra izquierdistas o ultra derechistas, con fines de adoctrinamiento. La posibilidad de determinar libremente no solo el contenido de la enseñanza, sino también el método de exposición que se ha de utilizar. Lo cual, no supone negar la potestad de establecer, por parte del centro educativo o por parte del Estado, orientaciones pedagógicas. Pero esa potestad debe ser compatible con la libertad del docente, de tal forma que esta no quede anulada o coactada.

En general podemos señalar, al ser el derecho a la libertad de cátedra una especificación o determinación del derecho a la libertad de expresión y del derecho a la Educación, los límites a estos dos derechos son también los límites de aquella, pues constituyen su marco de interpretación, pero los límites no pueden menoscabar su núcleo duro de estos derechos fundamentales. Pueden considerarse como factores de restricción de la libertad de cátedra, desde esta perspectiva, por los siguientes criterios:

- 1) El respeto a los demás derechos fundamentales, especialmente: el derecho a la dignidad, a la intimidad y a la propia imagen, no discriminación por ningún motivo.

2) El abuso del derecho. Así, puede considerarse como un ejercicio abusivo de la libertad de cátedra, aquella actitud del profesor que consiste en transmitir opiniones que no guardan relación con la materia impartida o que son fruto exclusivamente de una opción ideológica transmitida con una exclusiva finalidad de adoctrinamiento o sectarista.

La libertad de cátedra es distinguida, a la de la libertad de pensamiento, o libertad intelectual. Esta última es entendida como la posibilidad de seguir lo cognitivo mentales que el sujeto crea más apropiados para alcanzar la verdad; y abarca también la posibilidad de dejar ese pensamiento en algún soporte corpóreo del mundo externo, aunque sean los signos fonéticos de la palabra hablada. La libertad de cátedra es siempre un efecto de la libertad de pensamiento; pero no toda esta última llega a transformarse en libertad de cátedra, porque no necesariamente toda la actividad intelectual se ejerce dentro o a propósito de los centros universitarios. Esta distinción entre los tipos de libertad vinculados ha sido aceptada también por la doctrina, en el sentido de que se trata.

La mayor parte de la doctrina estima que el ejercicio de fundamentación de la garantía de libertad de cátedra no se puede reducir a una única explicación. La complejidad de las sociedades y de los ámbitos en que se produce esta exigencia se requiere de múltiples perspectivas de análisis. Su justificación en sentido estricto, sin embargo, procede del mismo principio general que da origen a la libertad de expresión, y que se encuentra detrás de todas las garantías de libertad: la necesaria capacidad de elegir de los entes racionales para obrar bien sin que ese bien sea impuesto desde el exterior. Si el bien es impuesto desde el exterior de la estructura psicológica, resulta que el ente no es capaz del bien, y por lo tanto debe ser llevado hacia él de un modo exterior o mecánico. Es lo que sucede con los animales brutos, cuya capacidad de elegir se reduce o puede llegar en algunos casos a los medios, pero no a los fines. La libertad, por lo tanto, es un signo de dignidad, sustentado en la dignidad anterior

y primaria de la inteligencia, entendida para estos efectos como la capacidad de discernir los bienes.

La libertad para el bien constituye, por lo tanto, el género de la libertad de cátedra. Su diferencia específica radica en el conjunto de elementos que integran su definición. Y fruto de esta diversidad de elementos esenciales de la libertad de cátedra, es que puede hablarse de otros "fundamentos" o "justificaciones" en sentido débil o secundario, que en lenguaje escolástico serían conocidas como causas eficientes segundas. Por razón de su incidencia esencial, estas concausas no son completamente independientes entre sí, sino que entre todas configuran la especificidad de la libertad de cátedra; ordenadas siempre a su causa principal: la posibilidad de elección de la acción recta. Estas causas secundarias son lo que algunos llaman las razones para justificar la libertad de cátedra como algo distinto de la libertad de expresión y la libertad de pensamiento; es decir, son su carácter específico.

Esta dignidad que emana del uso adecuado de la potencia electiva, al hablar de libertad de cátedra, consiste en la exigencia de responsabilidad relativa a todas las actividades académicas propias del profesor y del investigador; no por razones institucionales, sociales o económicas, sino exclusivamente por el estándar fiduciario propio de la integridad profesional. De este modo, no es que la responsabilidad institucional carezca de importancia para efectos del tema que nos ocupa; su importancia es secundaria para la determinación de la esencia de la libertad de cátedra.

Podemos decir que el derecho objeto de este trabajo, en cuanto garantía constitucional, se encuentra íntimamente ligado a la noción de universidad que se utilice. En otros términos: la misión u objetivo de las universidades proporcionan la esencia y características específicas de la libertad de cátedra, en cuanto subespecie de la libertad de expresión. Por ello, parece relevante determinar cuál es el objetivo de los centros universitarios en cada modelo de justificación, con objeto de proporcionar los elementos

metodológicos necesarios para delimitar en concreto los derechos y deberes de los académicos.

2.3. Definición de términos básicos.

Anodino; Que es insustancial o que carece de interés o importancia. Insignificante o que carece de interés o importancia. Que hace que desaparezcan o disminuyan los dolores o molestias.

Anquilosamiento; Rigidez o falta de flexibilidad o movimiento en una cosa, especialmente una articulación normalmente móvil. Pérdida de actualidad de una cosa al quedar desfasada o anticuada por no haber experimentado el desarrollo que cabría esperar.

Autodeterminación; El derecho de libre determinación de los pueblos o derecho de autodeterminación es el derecho de un pueblo a decidir sus propias formas de gobierno, perseguir su desarrollo económico, social y cultural, y estructurarse libremente, sin injerencias externas y de acuerdo con el principio de igualdad. La libre determinación está recogida en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, aunque no en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Derechos fundamentales; Según Del Mar (2013) señala básicamente que es aquella norma y/o principio que, por su carácter de inherente a toda persona, se considera principal dentro del conjunto de normas que conforman todo el resto de cuerpo legislativo de un Estado y base de las mismas por cuanto determina los límites legislativos que, de forma obligada, deberán, en todo.

Derechos humanos; según el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en Los Derechos Humanos en el Perú: Nociones Básicas (2013) señala que son derechos cuyo respeto, protección y promoción son indispensables para que cada ser humano, individualmente o en comunidad, pueda desarrollar su proyecto de vida dignamente y en

libertad. Todos los seres humanos, por su sola condición de tal, gozan de derechos humanos, sin distinción por razón de raza, sexo, nacionalidad, religión, edad, condición económica, social o política, orientación sexual, identidad de género o de cualquier otra índole. Están reconocidos y protegidos por la Constitución Política del Perú y por los tratados internacionales sobre la materia.

Declaración Universal de los Derechos Humanos; La ONU, lo define como: La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La Declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero y ha sido traducida en más de 500 idiomas.

Despotismo; Gobierno absoluto, no limitado por las leyes. El despotismo fue una forma de gobierno que tenían algunas monarquías europeas del siglo XVIII, en las que los reyes seguían teniendo poder absoluto, trataron de aplicar medidas ilustradas, es decir, trataron de educar el pueblo. La frase que sintetiza al despotismo ilustrado es, todo el pueblo, sin el pueblo.

Deóntico; Opuesto a la lógica proposicional, que tiene por objeto el estudio de la validez o no validez de las proposiciones, en lugar de la determinación de su verdad o falsedad.

Dignidad; Cualidad que se hace valer como persona, se comporta con responsabilidad, seriedad y con respeto hacia sí mismo y hacia los demás y no deja que lo humillen ni degraden.

Filosófico; cuando se realizan investigaciones para producir conocimientos no utilizan ningún instrumento de medición. El instrumento que requiere y con el cual observa su entorno, es básicamente el razonamiento. El trabajo filosófico es un trabajo en que la actividad racional juega un papel de suma importancia, ya que cuando generan nuevas ideas, lo hacen después de haber analizado y criticado no sólo su pensamiento sino también el de filósofos tanto anteriores como contemporáneos. El conocimiento filosófico es un conocimiento que se obtiene de los documentos escritos, pero esto no quiere decir que el filósofo se dedique únicamente a recopilar datos escritos sino que los analiza y los corrobora en la práctica humana.

Fundamentos; Base ideológica, filosófica o de otro tipo de la que parte algo, ejemplo los fundamentos de una teoría científica.

Inalienable; Se hace referencia a algo que no se puede enajenar, es decir, cuyo dominio no se puede pasar o transmitir de un individuo a otro. Lo inalienable, por lo tanto, no puede venderse o cederse de manera legal. Los derechos inalienables son aquellos considerados como fundamentales; los cuales no pueden ser legítimamente negados a una persona. Ningún gobierno o autoridad tiene competencia para negarlos, ya que forman parte de la esencia de la persona. Los derechos humanos son derechos inalienables.

Libertad; Facultad y derecho de las personas para elegir de manera responsable su propia forma de actuar dentro de una sociedad.

Estado o condición de la persona que es libre, que no está en la cárcel ni sometida a la voluntad de otro, ni está constreñida por una obligación, deber, disciplina.

Ontológico; se define como la parte de la filosofía que investiga en qué consiste el ser y cuáles son los ámbitos o regiones del ser fundamentales

Utópico; significa imaginario o imposible. El anhelo de mundos ideales y perfectos es tan antiguo como el ser humano. Sin embargo, la invención y descripción de sociedades que lo sean no recibe el nombre de “utopía” hasta el siglo XVI. Por ello, no es paradójico afirmar que existen utopías desde siempre, incluso antes de que se acuñase este nombre para referirse a ella.

Utilitarismo; Tendencia a anteponer la utilidad a cualquier otra cualidad o aspecto de las cosas. Corriente de la ética según la cual lo que es útil es bueno y, por lo tanto, el valor de la conducta está determinado por el carácter práctico de sus resultados.

2.4. Hipótesis

2.4.1. Hipótesis General

El estudio de los aspectos fundamentales de los derechos humanos influye en los derechos fundamentales en el Perú.

2.4.2. Hipótesis Específicas

- a. Existe una relación entre los derechos humanos con los derechos al trato humano.
- b. Existe una relación entre los derechos humanos con el derecho a la libre circulación.

2.5. Operacionalización de variables

VARIABLES	INDICADORES
Variable I DERECHOS HUMANOS	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho al trato humano. - Derecho a la vida y a la seguridad. - Derecho al tiempo libre y al descanso.
Variable II DERECHOS FUNDAMENTALES	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho a la libre circulación. - Derecho a la protección a la salud. - Derecho a la libertad de cátedra.

Capítulo III

METODOLOGÍA O PROPUESTA A PLANTEAR

3.1. Metodología

La mencionada investigación es de tipo DESCRIPTIVO Y EXPLICATIVO, no es experimental.

Es descriptivo por que describe el accionar de un determinado grupo de personas que a pesar de estar en la judicatura, conspiran con el adecuado funcionamiento de la economía peruana.

Es explicativa que a través de diversos parámetros planteados en la hipótesis demostraremos cuales, son por herramientas de un sistema preventivo anticorrupción; más bien, el sistema que sí se ha visto fortalecido por el Estado son las políticas de sanción a los actos de corrupción (incrementos punitivos, creación y fortalecimiento de instituciones anticorrupción y exceso de confianza en los proceso judiciales).

3.2. Diseño de la Investigación

El diseño de la investigación es No experimental y Transversal.

Es no experimental porque se ha observado el comportamiento de los países con gobiernos de todas las tendencias que utilizan sus políticas de gobierno para someter a las personas, a sus objetivos personales o partidarias que tienen afinidad a diferentes ideologías y diferentes puntos de vista de los derechos fundamentales, por ello son protegidos de diferentes dimensiones y algunas veces de acuerdo a sus requerimientos, por lo tanto lo que se busca es que los derechos fundamentales tienen que ser protegidos por ser esencia de la existencia de la persona humana.

Es transversal por que la recolección de datos se ha efectuado en un determinado momento y tiempo.

3.2.1. Descripción de los Instrumentos utilizados

El método empleado en la investigación responde a las técnicas e instrumentos de recolección de datos desde la perspectivas metodológicas cuantitativas (encuestas) y cualitativas (entrevistas y participación).

El empleo de ambos métodos está orientado a la consolidación, validación mutua y complementariedad que permiten que los resultados de la investigación sean válidos y respondan a criterios científicos.

La población es el conjunto de unidades individuales o unidades elementales compuestas por personas o cosas, Hernández R. Fernández Carlos (2003), manifiesta: “población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con determinadas especificaciones.”

La muestra es aquella parte representativa de la población, o considerado como el subconjunto del conjunto población. Aunque existen autores que, consideran

a la muestra desde dos puntos de vista. La una como muestra con enfoque cualitativa y la otra como muestra cuantitativa

3.3. Muestra

La población o universo está dada por el estudio de las diferentes corrientes ideológicas incluida las democracias de Sudamérica.

Muestra:

La muestra como extracto de la población y conjunto de elementos en que se centra la distribución de determinados caracteres en la totalidad de la población, está definida en forma probabilística, y definida por estratos, debido que, las unidades de muestreo son seleccionadas mediante métodos aleatorios, permitiendo que el tamaño de la muestra se determine por el nivel de precisión requerido y por el error de muestreo aceptable y el nivel de confianza, las mismas que inciden sobre las encuestas y la información recogida.

Por lo tanto de acuerdo a la ciencia estadística, aplicamos la siguiente formula:1

$$n = \frac{Z^2 P Q}{e^2}$$

Dónde:

Z = Valor de la abscisa de la curva normal para una probabilidad del 95% de confianza.

¹SIERRA BRAVO, Restituto, Técnicas de Investigación Social. Teoría y Ejercicios, Edit. Paraninfo, Madrid, 1985, Pág. 185

P = Como no se indican las proporciones que guardan dentro del universo as características a estudiar, es preciso suponer el caso más desfavorable de, siendo igual al 0.5.

Q = Igualmente, al no indicarse las proporciones que guardan dentro del universo las características a estudiar, es preciso suponer el caso más desfavorable de, siendo igual al 0.5.

$$E = \text{error muestral } \pm 05 \%$$

3.4. Métodos y técnicas

- Método

Los métodos científicos empleados en la investigación son:

- MÉTODO ANÁLISIS – SÍNTESIS
- MÉTODO DESCRIPTIVO – EXPLICATIVO
- MÉTODO DEDUCTIVO:

Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Las técnicas o métodos de obtención de la información basadas en preguntas ya sean de naturaleza cualitativa (entrevistas en profundidad, dinámicas de grupo, el método Delphi, entre otras.) como cuantitativa (encuesta postal, telefónica, por correo, Email, y otros), suelen apoyarse en un cuestionario o documento que sirve de guía para recoger la información de los individuos entrevistados.

El procedimiento de elaboración de un cuestionario apropiado carece de una metodología explícitamente definida, adquiriendo especial importancia la creatividad y experiencia del investigador que participa en su creación, pues además de formalizar las preguntas para un gran colectivo de personas, debe procurar su colaboración y reducir el máximo posible el error en las respuestas.

Existen un conjunto de recomendaciones y reglas generales a ser consideradas por quien efectúa el trabajo .

Se utilizan las técnicas típicas para este tipo de investigación como son:

ANALISIS DE CONTENIDO: De las diferentes formas de gobierno, haciendo énfasis en la naciente democracia peruana.

ENCUESTA:

Dirigida a la muestra, seleccionada en forma aleatoria y estratificada, observando criterios metodológicos para determinar sus términos, para lo cual, y en forma previa, se instrumentalizará el cuestionario de preguntas.

ENTREVISTA:

En la presente investigación se interrogan a los actores en este caso se hará las encuestas a las personas, en especial a las que en algún momento sintieron ser vulnerados en sus derechos fundamentales, seleccionados del universo de investigación por sus condiciones, entrevistándoles en forma verbal, previa batería de preguntas, teniendo en cuenta las variables de estudio.

a) Especificar la información necesaria.

Antes de elaborar el cuestionario debemos tener presente los objetivos y características de la investigación, pues estos condicionan la información que se necesita y en consecuencia, qué y cómo preguntar:

- En las investigaciones exploratorias se suelen utilizar cuestionarios que permitan adaptar la recogida de información a las peculiaridades de los entrevistados, sean entrevistas en profundidad, dinámicas de grupos o entrevistas a expertos. Por ello, se utilizan cuestionarios no estructurados o semi estructurados.

- En las investigaciones descriptivas, se usan cuestionarios estructurados, en los que se definen a priori las preguntas a formular con sus posibles respuestas y el orden en que éstas se han de formular

b) Seleccionar el modelo de entrevista a realizar.

Es necesario definir el tipo de encuesta a realizar: personal, telefónica, por correo, por Email, entre otras., puesto que la selección de una u otra condicionará la extensión, profundidad, así como el tipo de preguntas que se podrán plantear en el cuestionario. Las preguntas telefónicas requieren cuestionarios breves y ágiles, mientras que la encuesta personal permite hacer entrevistas extensas, así como preguntas complejas y variadas.

c) Definir la información a recoger en el cuestionario.

Se trata de especificar qué información o variables se van a preguntar así como prever las posibles respuestas a cada pregunta que posteriormente los entrevistados tendrán que elegir. Bigné señala que por ello, antes de abordar una investigación cuantitativa a un gran número de personas mediante un cuestionario estructurado, es

de gran ayuda realizar una investigación de carácter exploratorio a fin de elaborar un cuestionario que recoja las posibles respuestas a cada pregunta y así, facilitar su codificación y tratamiento estadístico posterior.

En esta fase se ha de tener en cuenta la posibilidad de que el entrevistado responda incorrectamente a las preguntas realizadas, bien por desconocimiento o por falta de predisposición a colaborar. Incluso existe el riesgo de que el entrevistado responda sin saber. En este caso, es de gran utilidad hacer preguntas filtro para averiguar o ratificar la coherencia de las respuestas obtenidas, así como para crear una secuencia de preguntas. A título de ejemplo, una de las preguntas de un cuestionario pretende conocer la forma de organización del viaje. En el caso de que conteste que es mediante paquete turístico, se le indica que pase a la siguiente pregunta pero, si elige otra opción distinta no tiene sentido que la conteste.

CONCLUSIONES

1. Los fundamentos de los derechos humanos influyen de manera sustancial a los derechos fundamente establecido en nuestra Constitución Política, porque, de esta manera se establece que aun cuando los derechos humanos tengan un carácter trasnacional, estas tienen que ser plasmados, respetados y protegidos en la práctica por nuestro estado peruano y de esta manera tener una verdadera protección de los derechos humanos, así mismo, podemos tener mejor reconocimiento y respeto a los derechos humanos con toda cabalidad.
2. La protección de los derechos humanos se relaciona directamente con el derecho al trato humano, porque en el presente estudio realizado en nuestra país, el trato humano al ser un derecho humano primordial para que la sociedad tenga una mejor desarrollo y compromiso y así un real desarrollo humano, ya que en la actualidad en muchos de los casos tanto como el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema, no hacen vales su independencia política, por esta razón se sigue desvirtuando la existencia de un estado constitucional de derecho, en nuestro país.
3. Cuando estamos ante los derechos humanos y buscamos la protección del derecho a la libre circulación, estamos buscando que las personas tengan esa libertar principista de libre desplazamiento, tanto a nivel nacional e internacional, solamente con las restricciones que existen en cada país, que son por sanidad pública, por mandado judicial o por aplicación de la ley de extranjería; y excepcionalmente en caso de estado de emergencia y estado de sitio, pero que no se vulnere su núcleo duro del derecho a la libre circulación.

RECOMENDACIONES

1. La violación de los derechos humanos y los derechos humanos se realiza por las personas individualmente, en sociedad y por Estado, por esta razón las personas, las sociedades y el Estado debemos buscar un verdadero reconocimiento de los derechos humanos y los derechos fundamentales de las personas, esto es respetando verdaderamente los derechos humanos, para una mejor sociedad, un Estado constitucional de derecho, donde todas las personas tengamos la posibilidad de desarrollo y por ende más justo y real.
2. Que el derecho al trato humano a las personas tenga que ser en el sentido teórico y práctico, tenga un real derecho para todos, y no tan sólo trato humano para unos y otro tipo de trato humano para los que menos tienen, además que no tan sólo este plasmado como un derecho, sino, también el respeto como una obligación, y así, tenga un respeto real en toda su magnitud y su real respeto, en el día a día de todas las personas.
3. Que el derecho a la libre circulación sea sin racismo, sin xenofobia, sin distinción étnica, ni cultural; que la libre circulación sea respetado por las personas, por la sociedad y por el Estado, especialmente en su núcleo duro de derecho humano, que los límites sean razonables, lógicos y específicos, para realmente detentar la libertad de circulación por el territorio nacional y por cualquier país del mundo.

BIBLIOGRAFÍA

- Abbagnano, N. (2000). *Diccionario de Filosofía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Abramonich, V. (2008). *El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo sobre el sistema de salud en Argentina*. Buenos Aires.
- Abugatas, J. (1995). *Filosofía y Sociedad*. Cuzco: CBC.
- Ariza de ávila, E. (2007). *Perfiles Ético Político para una Fundamentación Filosófica de los Derechos Humanos*. Bogotá.
- Arregui, V. (2002). *Filosofía del Hombre*. Madrid: Rialp.
- Ballenas, P. (2016). Aplicación de las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos a nivel nacional. *Manual auto instructivo*.
- Blondel, M. (1999). *Filosofía del Pensamiento*. Bogotá: Universidad La Salle.
- Bunge, M. (2001). *Qué es filosofar científicamente*. Lima: UIGV.
- Carpio, E. (1993). *Jurisdicción constitucional y hábeas corpus, evaluación de cinco meses de funcionamiento*. Lima: Centro de estudios constitucionales.
- Castillo, L. (2008). *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Lima: Grijley.
- Código procesal constitucional*. (2004). Lima: Jurista.
- Constitución Política del Perú. (30 de diciembre de 1993). Lima, Perú: El Peruano.
- Das problem der naturrechtslehre. (1958). En E. Wolf. Mohr Siebeck GmbH & Co.KG.
- Derecho procesal constitucional logros y obstáculos. (2008). En N. Sagués. Lima: Centro de estudios constitucionales.

- Diemer, A., Hersch, J., Hountoundji, P., Inagaki, R., Karkovic, M., Marthieu, V., . . . Zakaria, F. (1983). *Los Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos*. Barcelona: Serbal / UNESCO.
- Dworkin, R. (1997). *Los derechos en serio*. Barcelona: Tecnos.
- Esbozo de una sociología del derecho natural. (1949). En A. Truyol. Madrid.
- Eto, G. (2019). *Derecho procesal constitucional su interpretación y desarrollo jurisprudencial*. Lima: Grijley.
- Ferragioli, L. (2001). *Pasado y futuro del Estado de derecho*. Madrid: Trotta.
- Fix, H. (1977). *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*. México: Institución de investigaciones jurídicas.
- Fundamentación filosófica de los derechos humanos ¿personalismo o transpersonalismo? . (2009). En H. Gonzáles. Instituto de Investigación Jurídicas.
- García, V. (2015). *La jurisdicción constitucional: el Tribunal Constitucional*. Lima: Adrus.
- Gavara, J. (2004). El término de la comparación en el principio de igualdad en la aplicación de la ley. España.
- Guastini, R. (2002). *La interpretación: objetos, conceptos y teoría*. México: Fontanera.
- Kudryavisey, V. (s.f.). *Los derechos humanos y la constitución soviética*. Rusia.
- La protección de los derechos fundamentales. (2006). En A. Anguita. España: Tirant Blanch.
- Landa, C. (1995). *Del tribunal de garantías al tribunal constitucional*. Lima: Fondo editorial PUCP.
- Landa, C. (1997). *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú*. Lima: Fondo editorial PUCP.

- Landa, C. (2003). *Teoría del derecho procesal constitucional*. Lima: Palestra.
- Pereira, S. (2016). *Los dilemas que plantea la juricialización del derecho a la salud en relación a medicamentos y otras prestaciones de alto costo*. Chile.
- Polo, L. (1998). *Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos*.
- Pueblo, D. d. (2018). *Análisis de los decretos legislativos sobre seguridad nacional dictados al amparo de la ley N° 26955*. Lima.
- Resolución del Tribunal Constitucional, 0020-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 08 de 08 de 2005).
- Sentencia, 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 27 de 09 de 2005).
- Sentencia, Exp. N° 0109-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 14 de 01 de 2006).
- Sentencia del pleno jurisdiccional del Tribunal constitucional, 00023-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 27 de 10 de 2006).
- Sentencia del tribunal Constitucional, 2070-2003-AA/TC (Tribunal Constitucional 18 de 02 de 2003).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 2016-2014-AA/TC (Tribunal Constitucional 05 de 10 de 2004).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 0025.2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 25 de 04 de 2005).
- (4053-2007-PHC/TC). *SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*. LIMA: TC.
- Teoría de la Constitución. (1976). En C. Schmitt. España: Alianza Editores.
- Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho. (2007). En G. Fasso. Madrid: Tebar.

Vásquez, J. (2006). *El Tribunal Constitucional y la configuración de su derecho procesal*. Lima: Justicia Constitucional.

Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Tratta.

