

BREVES APUNTES SOBRE EL DERECHO SUBJETIVO

Lex semper loquitur

MIGUEL ÁNGEL LEÓN UNTIVEROS*

Introducción.

Uno de los temas más importantes del Derecho es el de derecho subjetivo, sin embargo, también es conocida la falta de acuerdo en la teoría y la doctrina jurídicas sobre el mismo. Lo cual se incrementa la dificultad sobre el mismo, pero sin duda el mismo es un paso obligado para todo aquel interesado en el Derecho. En este trabajo, por su breve extensión, no se hará sino una sucinta exposición del tema, que esperamos sea lo suficientemente motivador, para una distinta comprensión del mismo.

I. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO SUBJETIVO¹.

Cuando hablamos del derecho subjetivo, en sedes teórica y doctrinaria, lamentablemente nos enfrentamos a una serie enorme de discrepancias tanto a nivel de concepción del derecho subjetivo, sus clases, su alcance, su origen, entre otros. Lo cual hace que cualquier cosa que digamos en este trabajo tendrá dos serias limitaciones: (i) la materia no puede ser abarcada por el formato del mismo, y (ii) la teoría por la que optemos no podrá ser suficientemente explicada ni contrastada con otras, por lo que existe la gran posibilidad de malos entendidos. Dicho esto, veamos el primer grupo de teorías sobre el derecho subjetivo.

1. Las teorías de la elección/la voluntad.

* Profesor de Derecho, Profesor de Planeamiento Estratégico. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master of Business Administration – MBA por la Maastricht School of Management, Holanda. Socio del Estudio León & Abogados Asociados. e-mail: miguel.leon@upecen.edu.pe

1 Bajo ninguna razón lo que decimos en lo que sigue podrá concebirse como un examen completo ni siquiera mínimo sobre el gran y controvertido tema del derecho subjetivo. Empero, creemos que la concepción que ofrecemos es la más completa existente a la fecha (aunque ello no quiere decir que no tenga deficiencias).

Esta teoría es muy conocida por ambas tradiciones jurídicas. Para la tradición Romano-germánica debemos mencionar al jurista alemán Bernard Windscheid², para quien el derecho subjetivo se define de la siguiente manera:

“Del derecho como facultad (derecho en sentido subjetivo, derecho subjetivo) se habla en doble sentido.

1. Derecho a un determinado comportamiento, acto u omisión, de las personas que están frente al titular o de una sola persona. El orden jurídico (el Derecho en sentido objetivo, el derecho objetivo), en base a un acto concreto, ha emitido el precepto de tener que realizar un determinado comportamiento, y puesto que este precepto contiene disposiciones para tal fin, a cuyo favor así lo ha emanado. El ordenamiento se remite a sí mismo, a fin de valerse o no del precepto, y en particular de poder o no operar los medios de garantía del ordenamiento jurídico en contra de la contraparte recalcitrante. De allí que la voluntad del titular es decisiva para la actuación del precepto emitido por el ordenamiento jurídico. Esto si se le ha despojado del favor que aquel precepto ha pronunciado: el precepto mismo ha hecho un precepto de él, el derecho ha devenido en el derecho de sí.
2. La palabra ‘derecho’ no tiene este sentido cuando por ejemplo se dice que el propietario tiene el derecho de alienar la cosa de su propiedad, que el acreedor tiene el derecho de ceder su crédito, que a un contratante le compete el derecho resolución o de retracto. En estas y similares formas de expresarse, con la palabra derecho se entiende que

2 Dentro de esta serie de teorías, también se encuentran Friedrich Carl von Savigny y G. F. Puchta, sin embargo para efectos del presente trabajo no trataremos sus respectivas concepciones del derecho subjetivo.

la voluntad del titular es decisiva para el nacimiento del derecho de la especie antes considerada, o para la extinción o modificación de las ya existentes. Al titular se le atribuye una voluntad decisiva, no ya para la actuación, sino para la existencia de preceptos del ordenamiento jurídico³.

Ambas especies de derechos subjetivos comprende la definición: derecho es la potestad o el señorío de la voluntad dado por el ordenamiento jurídico.”

De otro lado Hans Kelsen, sostiene que una persona tiene un derecho subjetivo cuando le ha sido conferida por el ordenamiento legal la posibilidad de poner en movimiento la sanción, esto es el mover la maquinaria legal a través de la iniciación del proceso legal, y así forzar a la otra parte a cumplir con su deber⁴. Hans Kelsen lo formula de la siguiente manera:

“(…) Sólo cuando un individuo se encuentra en tal relación con la norma jurídica, la aplicación de ésta, es decir, la aplicación de la sanción, depende de la expresión de voluntad de un individuo orientada hacia tal objeto, por el cual el derecho objetivo está a la disposición del mismo individuo, y podemos considerar que el derecho objetivo es ‘su’ derecho subjetivo.”⁵

Por parte de la tradición del common law, H. L. A. Hart enfatiza la posibilidad de elección del agente por encima de su voluntad y para él lo importante es que el ordenamiento legal brinde al agente (titular) la posibilidad de decidir por él mismo si el deber correspondiente a su derecho debe cumplirse o no⁶. A este respecto H. L. A. Hart señala lo siguiente:

“(…) Es, pienso, característico de las leyes que confieren derechos (...) que la obligación de ejecutar el correspondiente deber, la ley lo hace depender de la elección del individuo de quien se dice que tiene el derecho (...)”⁷

Para Carl Wellman el análisis de H. L. A. Hart sobre el derecho subjetivo es el mejor presentado, sin embargo le formula algunas críticas. Específicamente, Carl Wellman sostiene que lo esencial no es el hecho de que el orden jurídico se centre en la elección del titular, sino el hecho de que se favorezca su voluntad en caso de conflicto con otras personas⁸. Así, Carl Wellman sostiene lo siguiente:

“Un (...) derecho (...) es una ventaja (...) compleja al cual el titular del derecho puede apelar en el evento de una posible confrontación con una o más segundas partes. Es [una] ventaja, no necesariamente porque su tenencia sea benéfica para el titular, sino en el sentido de que esto favorece la voluntad del titular vis-à-vis la oposición voluntaria de cualquier contraparte”.⁹

Sobre estas las teorías de la elección/la voluntad, Robert Alexy ha sostenido que éstas parecen hacer más énfasis en la concepción analítica del derecho subjetivo, esto es la que hace referencia a las posiciones jurídicas que lo estructuran¹⁰. Esto es parcialmente cierto, ya que las teorías del interés igualmente son compatibles, en general, con las posiciones jurídicas.¹¹

Por otro lado, la evolución de las teorías de la elección/la voluntad ha encontrado serias dificultades tales como:

1. De acuerdo con la versión más refinada (Carl Wellman), los infantes no tendrían derechos ya que no tendrían la capacidad física para poder ejercerlos.
2. De acuerdo con la versión más refinada (Carl Wellman), las normas criminales no contendrían derechos ya que la persecución de los delitos es competencia exclusiva de la fiscalía.

8 SPAAK, Op. Cit., 147. RAINBOLT, 2006, 104 y ss.

9 WELLMAN, 1985, 91 y 92.

10 ALEXY, 2002, 118 y 119.

11 Las teorías del derecho subjetivo pueden dividirse mediante dos criterios: (i) las teorías de protección y (ii) las teorías de justificación. Así, resulta que las posibles teorías del derecho subjetivo son cuatro: (a) Teoría del interés protegido, (ii) Teoría del interés justificante, (iii) Teoría de la elección/la voluntad protegida, (iv) Teoría de la elección/la voluntad justificantes. RAINBOLT, 2006, 86 y 87. Nótese que cualquiera de estas posibles teorías puede ser compatible con la formulación analítica del derecho subjetivo, antes mencionado.

3 WINDSCHEID, 1902, 169 y 170.

4 SPAAK, 1994, 145.

5 KELSEN, 1995, 96.

6 SPAAK, Op. Cit., 146.

7 HART, 1954, 46.

Estas objeciones han sido formuladas también por George W. Rainbolt¹², y son, en parte la justificación de su obra. Sin embargo antes de pasar a ella, veamos las teorías de interés.

2. Las teorías del interés.

Estas teorías tienen representantes en ambas tradiciones jurídicas. Para el caso de la tradición Romano-germánica, en primer lugar debemos citar al jurista alemán Rudolf von Ihering, quien con respecto al derecho subjetivo señala lo siguiente:

“(...) Los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta; sirven, por el contrario, para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines (...)”

Dos elementos constituyen el principio del derecho [subjetivo]: uno sustancial, que reside en el fin práctico del derecho, que produce la utilidad, las ventajas y ganancias que esto aseguran; otro formal, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber: protección del derecho [subjetivo], acción de la justicia. (...) Los derechos son intereses jurídicamente protegidos.”¹³

Por otro lado, D. Lyons también defiende la teoría del interés del derecho subjetivo cuando señala lo siguiente:

“De acuerdo con la teoría del beneficiario calificado, una persona con un derecho no es uno quien simplemente obtiene un beneficio por el cumplimiento de la obligación de otra. Es una para quien se ha ‘asegurado’ un bien o se ha obstaculizado un mal mediante órdenes o prohibiciones sobre las conductas de otros, de tal manera que alguna o algunas otras personas son requeridas a actuar o no en las formas señaladas o queridas, es para servir, asegurar, promover o proteger uno o varios intereses del titular. El es un beneficiario, término al que yo asignaré un sentido ‘calificado’; él es ‘la parte a ser beneficiada.’”¹⁴

12 Op. Cit. p. 104 al 111.

13 IHERING, 2001, 945 y 946.

14 LYONS, 1969, 176.

Asimismo, Joseph Raz, se pronuncia a favor de esta teoría, cuando señala lo siguiente:

“X tiene un derecho si y sólo si X puede tener derechos y, permaneciendo el resto constante, un aspecto del bienestar de X (su interés) es razón suficiente para asignar a otra persona (s) un deber.”¹⁵

Si bien las teorías del interés han sido desarrolladas con importantes avances, ello no ha sido suficiente para que puedan superarse sus deficiencias, siendo la principal objeción que dicha teoría se presta a demasiados contraejemplos¹⁶. Asimismo, si se hace la distinción entre necesidad¹⁷ e interés¹⁸ surgen dos objeciones:

1. La necesidad es un concepto dinámico y contingente, por lo que la misma puede estar presente como no en el agente al momento de surgir el derecho subjetivo así como durante su existencia.
2. Los infantes no serían titulares de derechos subjetivos ya que ellos no pueden realizar juicios volitivos sobre los bienes que necesitan.

En consecuencia, ambas teorías (de la voluntad/la elección y del interés) si bien tienen aspectos que pueden considerarse correctos, sin embargo las deficiencias no superadas hacen necesaria una nueva teoría sobre el derecho subjetivo, y esta viene a ser: la teoría de la restricción justificada.

3. La teoría de la restricción justificada.

Sin perjuicio de lo antes señalado y con las advertencias hechas, expondremos brevemente la concepción de derecho subjetivo

15 RAZ, 1986, 166.

16 RAINBOLT, 2006, 88 al 98. Este autor señala una gran serie de ejemplos en los que, entre otras cosas, se observa la relativización del concepto interés, como es el caso del inmueble heredado cuyo saneamiento legal y ubicación física hacen que el heredero no tenga interés en el mismo.

17 Estado de carencia del agente económico. Esta concepción está presente en la doctrina (por ejemplo, Ugo Rocco. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Traducido del italiano por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Bogotá: Temis, 1969. p. 16. ROPPO, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato. 3a. ed. Bologna: Monduzzi, 2001, p. 48 al 67. OCCHIENA, Massimo. Situazioni Giuridiche Soggettive e Procedimiento Amministrativo. Milano: Giuffrè, 2002. p. 243. THON, Augusto. Norma Giuridica e Diritto Soggettivo. Traducido del alemán por Alessandro Levi. Padova: CEDAM, 1951. p. 151 y ss.).

18 Juicio de la voluntad del agente económico sobre un bien con respecto a una necesidad concreta. ROCCO, Ugo. Op. Cit. p. 16 y 17.

que usamos en este trabajo. El año 2006, George W. Rainbolt publicó su obra *The Concept of Rights*, una obra que se inserta en el contexto de las teorías del derecho subjetivo, tales como la teoría del interés de Joseph Raz y la teoría de la voluntad o la elección de H.L.A. Hart y de Carl Wellman. Lo interesante de la teoría de George W. Rainbolt es lo siguiente:

1. Esta teoría se llama: la teoría de la restricción justificada del derecho subjetivo¹⁹.
2. La teoría de la restricción justificada supera las críticas y deficiencias de cada una de las teorías precedentes.
3. La teoría de la restricción justificada es abstracta con respecto al interés de su titular, y mucho menos se circunscribe a dicho concepto (interés).
4. La teoría de la restricción justificada tiene aplicación tanto en el Derecho Público como en el Derecho Privado.
5. La teoría de la restricción justificada es consistente con la lógica deóntica²⁰, la lógica modal²¹ y la lógica temporal o del tiempo²².
6. La teoría de la restricción justificada tiene un mayor campo de aplicación que la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas, ya que ésta tiene sus bases en la teoría de la voluntad y la teoría del interés.
7. La teoría de la restricción justificada es compatible con los conceptos fundamentales de Wesley Newcomb Hohfeld, sin embargo no se restringe a ello.
8. La teoría de la restricción justificada prescinde la categoría de "ventaja" y de "activa" cuando define un derecho subjetivo.
9. Para la teoría de la restricción justificada cada posición jurídica es una relación²³.

Dicho esto, a continuación mostraremos la

19 "Justified-constraint theory of rights". George W. Rainbolt dice que la denominación completa de su teoría es: "the neutral justified-constraint theory of rights" (*The Concept of Rights*. Dordrecht: Springer, 2006. p. 118), sin embargo utiliza la denominación más abreviada por comodidad.

20 La cual tiene como conceptos centrales la obligación, la permisión y la prohibición.

21 La cual tiene como conceptos centrales lo necesario, lo posible y lo imposible.

22 La cual tiene estudio los aspectos lógicos del tiempo, el cambio y el proceso.

23 Para la teoría de la restricción justificada, por ejemplo, la pretensión es una posición jurídica cuya estructura es relacional, así también, es el caso de su correlativo, la obligación, y de las demás posiciones jurídicas (que son un total de ocho).

definición de derecho subjetivo según la teoría de la restricción justificada. Esta teoría se basa en la estructura del argumento central²⁴, la que señala lo siguiente²⁵:

Un atributo de X es una razón para que Y tenga una obligación²⁶/imposibilidad²⁷ si y sólo si

Se da el caso que es válida y no redundante la siguiente forma de argumentación:

1. X es F.
2. Si X es F entonces Y tiene la obligación/imposibilidad S de hacer A.
3. En consecuencia, Y tiene la obligación/imposibilidad S de hacer A.

Sobre la base de la estructura del argumento central, la teoría de la restricción justificada define al derecho subjetivo de la siguiente manera²⁸:

X tiene un derecho S contra Y de hacer A si y sólo si

Se da el caso que es válida y no redundante la siguiente forma de argumentación:

1. X es F.
2. Si X es F entonces Y tiene la obligación/imposibilidad S de hacer A.
3. En consecuencia, Y tiene la obligación/imposibilidad S de hacer A.

Desde la teoría de la restricción justificada la cuestión del contenido del derecho subjetivo puede entenderse de dos maneras: (i) las posiciones jurídicas o relaciones que conforman el derecho subjetivo²⁹, y (ii) el o los atributos del titular del derecho subjetivo que deben tenerse en cuenta para justificarlo adecuadamente (i.d. en forma válida y no redundante)³⁰.

Con respecto a los elementos que conforman el aspecto conceptual del derecho sub-

24 "key argument form".

25 RAINBOLT, Op. Cit. p. 120.

26 En este contexto, obligación es un operador deóntico (Lógica Deóntica).

27 En Este contexto, imposible es un operador modal (Lógica Modal).

28 Idem.

29 A esto se llama el aspecto conceptual del derecho subjetivo. RAINBOLT, Op. Cit. 126. Y hace referencia a la abstracción de las relaciones Hohfeldianas con respecto a los atributos del titular del derecho subjetivo.

30 A esto se llama el aspecto sustantivo del derecho subjetivo. Y hace referencia al atributo del titular del derecho subjetivo. Ambos aspectos (conceptual y sustantivo) conforman la estructura del argumento central. Idem.

jetivo, éstos son, para los casos de derechos relacionales (i.d. entre dos personas o partes), los conceptos fundamentales de Wesley Newcomb Hohfeld, a saber³¹:

1. Pretensión³² contra alguien.
2. Deber³³ frente a alguien.
3. Libertad contra alguien.
4. No pretensión contra alguien.
5. Poder sobre alguien.
6. Sujeción con respecto a alguien.
7. Inmunidad contra alguien.
8. Incompetencia con respecto a alguien³⁴.

Asimismo, debemos mencionar que el aspecto conceptual del derecho subjetivo se conforma como un paquete de relaciones Hohfeldianas. Sin embargo, el número de relaciones Hohfeldianas que componen un determinado derecho subjetivo es variable³⁵. La teoría de la restricción justificada sostiene que el derecho subjetivo, para que sea tal, debe contener por lo menos: (i) una relación pretensión/obligación, o (ii) una relación inmunidad/incompetencia³⁶.

Con respecto a los atributos del titular del derecho subjetivo que lo justifican (aspecto sustantivo), la teoría de la restricción justificada sostiene lo siguiente:

1. El atributo un aspecto del titular del derecho subjetivo.
2. El atributo no es algo en concreto ni determinado, por lo que debe entenderse como abstracto.
3. Ello hace que la teoría de la restricción justificada sea compatible con cualquier

teoría moral sobre los derechos subjetivos.

4. Asimismo, ello hace que la teoría de la restricción justificada sea sutil³⁷, y axiológicamente no comprometida (neutra).

Por otro lado, resta una cuestión adicional, que si bien es cierto que la teoría de la restricción justificada es abstracta (en su aspecto conceptual), sutil y neutra (en su aspecto sustantivo), en el caso concreto, el Juez debe responder explícita o implícitamente las siguientes cuestiones:

1. ¿Cuáles son las relaciones Hohfeldianas que conforman el aspecto conceptual del derecho subjetivo?
2. ¿Cuál es el atributo concreto con el que se justifica en forma válida y no redundante el derecho subjetivo (aspecto sustantivo)?

Estas son dos de las cuestiones no resueltas en la teoría del derecho subjetivo, esto es relativo al contenido de los distintos derechos subjetivos. A su vez una sub cuestión relacionada con este tema, es acerca del procedimiento por el cual ha de dotarse de contenido a un determinado derecho subjetivo. No se tiene en claro si este procedimiento debe ser abordado por la Doctrina de los derechos subjetivos, o si por el contrario éste debe ser realizado por el Poder Judicial; o, en una vía ecléctica, por ambos³⁸. Cualquiera que sea la respuesta, lo otra sub cuestión que surge es la de determinar cuál es el procedimiento que ha de seguirse para tal efecto, ya sea por la doctrina o por el juez. Estas dos cuestiones resultan ser capitales. Sin embargo, lo antes señalado, es suficiente para los fines del presente trabajo, por lo que no tenemos que responder ahora las cuestiones antes mencionadas.

II. CONCLUSIONES.

En el presente trabajo hemos visto que el derecho subjetivo tiene su base en una serie de relaciones Hohfeldianas, las cuales deberán ser determinadas y formalizadas en cada caso.

37 "thinness"

38 Ha de observarse que existe una mutua incidencia entre la Doctrina y la Jurisprudencia. Para efectos del presente trabajo, haremos especial referencia a la Jurisprudencia, en sentido lato.

31 Dentro de la concepción de George W. Rainbolt, el autor no adopta la teoría Hohfeldiana, sino que la adapta (concepción que se denomina neo Hohfeldiana). Op. Cit. p. 4.

32 El término pretensión puede prestarse a confusión ya que el mismo también es utilizado por la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas, y en ese contexto dicho término es una facultad. Por eso, para el presente trabajo debemos precisar que el sentido en el que estamos empleando el término pretensión es el siguiente: solicitud para conseguir que otra persona (el obligado) realice determinada acción.

33 Para efectos de este trabajo, empleamos los términos deber y obligación como sinónimos.

34 Nótese que cada par de las relaciones antes señaladas (1,2; 3,4; 5,6; y 7,8) son correlativas o equivalentes.

35 Esta idea de que el aspecto conceptual del derecho subjetivo sea un paquete, conjunto o conglomerado de relaciones Hohfeldianas está presente en los siguientes autores: RAINBOLT, George W. *The Concept of Rights*. Dordrecht: Springer, 2006. Capítulo 2. NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2002. p. 216 y 217. ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 120.

36 RAINBOLT, George W. Op. Cit. p. 28. En términos lógicos, debe contener por lo menos: (i) una relación de obligación, o (ii) una relación de imposibilidad. RAINBOLT, George W. Op. Cit. p. y 73.

Por otro lado, la estructura del derecho subjetivo, antes explicada no cambia cualquiera que sea el ámbito en que se formule, esto es, la estructura del argumento central.

Finalmente, queda abierta la cuestión sobre el contenido de los distintos derechos subjetivos, que hasta la fecha carece de respuesta en la teoría del derecho subjetivo.

Bibliografía.

- ALEXY, Robert. 2002. *A Theory of Constitutional Rights*. Traducido del Alemán por Julian Rivers. New York: Oxford University Press.
- HART, H. L. A. 1954. *Definition and Theory in Jurisprudence*. En: *The Law Quarterly Review*. Vol. 70., citado por Torben SPA-
AK, 1994.
- IHERING, Rudolf von. 2001. *El espíritu del Derecho Romano*. Volumen IV. Traducido por Enrique Príncipe y Satorres. México: Oxford University Press.
- KELSEN, Hans. 1995. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducido del alemán por Eduardo García Máynez. México: UNAM.
- LYONS, D. 1969. "Rights, Claimants and Beneficiaries". *American Philosophical Quarterly*. Vol 6. N° 3, 1969. p. 176. Citado por SPA-
AK. 1994.
- RAINBOLT, George W. 2006. *The Concept of Rights*. Dordrecht: Springer.
- RAZ, Joseph. 1986. *The Morality of Freedom*. New York: Oxford University Press.
- SPA-
AK, Torben. 1994. *The Concept of Legal Competence. An Essay in Conceptual Analysis*. Aldershot: Dartmouth.
- WELLMAN, Carl. 1985. *A Theory of Rights*. Totawa: Rowman and Allanheld; citado por RAINBOLT, 2006.
- WINDSCHEID, Bernard. 1902. *Diritto delle pandette*. Volume Primo. Parte Prima. Milano: Unione Tipografico-Editrice.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RATIFICA LA PROHIBICIÓN DE FUMAR EN AMBIENTES PÚBLICOS CERRADOS Y EN LOS ESPACIOS ABIERTOS DE INSTITUCIONES EDUCATIVAS PARA ADULTOS.

El Tribunal es el órgano especializado que tiene a su cargo, principalmente, hacer efectiva la primacía de la Constitución. Tiene la atribución de revisar la constitucionalidad de las Leyes, y eventualmente de los proyectos de ley, los Decretos del Poder Ejecutivo, así como las sentencias del Poder Judicial. Sus sentencias tienen fuerza de Ley y autoridad de cosa juzgada; son de cumplimiento obligatorio

El Tribunal Constitucional actúa como un legislador negativo, pues carece de la facultad de crear leyes pero, en el caso de que entienda que una de las promulgadas vulnera lo dispuesto en la Constitución, tiene poder para expulsarla del ordenamiento jurídico, derogándola total o parcialmente.

El 19 de julio del 2011, el Tribunal Constitucional ha resuelto la Demanda de inconstitu-

cionalidad interpuesta el 30 de noviembre del 2010, por más de 5,000 ciudadanos contra el artículo 3° de la Ley N.º 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco–, modificado por el artículo 2° de la Ley N.º 29517, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 2 de abril de 2010.

El texto del artículo 3° Artículo de la Ley N.º 28705, modificado por el artículo 2° de la Ley N.º 29517, es el siguiente:

3.1 Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco.

3.2 Se entiende por interiores o espacios pú-

blicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.

3.3 El reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados”.

Concretamente, los demandantes cuestionan el precepto en el extremo que prohíbe el consumo de tabaco en todos los espacios públicos cerrados del país, prohibiendo de esta manera la existencia de establecimientos exclusivos para fumadores, y en el extremo en el que prohíbe el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos. Manifiestan asimismo, que la norma impugnada afecta de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que les impide actuar su libertad de fumar, aún cuando ello no afecta de ninguna manera los derechos de los no fumadores. Y es que –según refieren– la norma prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco en locales públicos cerrados, sin perjuicio de que éstos se encuentren destinados exclusivamente para fumadores, y donde labore personal fumador, además de prohibir de manera absoluta el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, efectuando un profundo análisis del tema y tomando conocimiento de sendos informes de entidades académicas respetables, ha resuelto declarar infundada la demanda planteada. En calidad de *amicus curiae* (Persona o entidad interesada en el desenlace de una controversia jurídica que no es una de las partes directamente afectadas pero que aún así se cree que tiene algo que aportar al caso) se han pronunciado:

La Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, exponiendo, entre otros, los siguientes argumentos:

- El tabaquismo es una enfermedad que afecta principalmente a los pobres. Esti-

mados de la OMS señalan que el 84% de fumadores vive en países pobres, donde la carga de enfermedades y muertes relacionadas con el tabaquismo está creciendo rápidamente. En el Perú, la población que se encuentra en situación de pobreza, destina un porcentaje de sus magros ingresos a la compra de tabaco: 9 de cada 10 hogares de bajos recursos económicos invierten más del 6% de sus ingresos en adquirir cigarrillos para su consumo.

- Aproximadamente un tercio de los países de la Unión Europea han adoptados una legislación global a favor de ambientes libres de humo de tabaco; los efectos en cuanto a la salud pública son inmediatos siendo que la cifra de crisis cardíacas ha disminuido en proporciones que van del 11 al 19%.
- América Latina está avanzando rápidamente en zonas libres de humo de tabaco. Similares normas a la que ha sido impugnada en el presente proceso de inconstitucionalidad existen ya en Uruguay, México, Panamá, Nicaragua, Honduras, Venezuela y Colombia.
- La mayoría de la población es no fumadora y tienen derecho a respirar un aire limpio sin los contaminantes del humo de tabaco, lo que puede lograrse cuando la ley delimita dónde se puede fumar y dónde no. Como ha sido dicho: “El derecho de los fumadores a fumar termina cuando su conducta afecta la salud y el bienestar de los otros...”.
- O’Neill Institute for National and Global Health Law, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, Campaign for Tobacco Free Kids y Alianza para el Convenio Marco
- Sostiene esta entidad que, la Organización Mundial de la Salud como diversos estudios técnicos sobre el particular, tienen establecido que los ambientes 100% libres de humo, es la única estrategia efectiva para reducir la exposición al humo de tabaco en espacios cerrados a niveles seguros para la protección de la salud, motivo por el cual no cabe que se permita la existencia de áreas para fumadores en los locales públicos cerrados. Asimismo, refieren que dicha medida ha reducido significativamente en diversos

países el porcentaje de hospitalizaciones por ataques cardíacos.

- Refiere que dada la importancia de los centros educativos para las estrategias de concientización y sensibilización de la población, la prohibición absoluta de que se pueda fumar en ellos, se encuentra en armonía con el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. Se trata de una medida que fortalece la protección de los jóvenes contra el tabaco.
-
- Argumentan que las leyes de ambientes libres de humo llevan a una reducción de la tasa de fumadores con lo que se demuestra su idoneidad. Son medidas, además, necesarias, en tanto que las opciones menos restrictivas no cumplen con el fin protectorio de la salud. Consideran que el grado de afectación de los derechos en juego es mínima, en tanto no se afectan los elementos esenciales de las libertades comerciales como son la producción y venta de estos productos. Con relación a la supuesta afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, manifiestan que la incidencia sobre él es mínima, toda vez que no se prohíbe el consumo de tabaco de manera absoluta, sino que simplemente se promueven estándares de vida más saludables.
- Algunos de los fundamentos expuestos por el TC en su sentencia son los siguientes:
- 21. A juicio del Tribunal Constitucional, sin perder de vista ese principio rector reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, existe un derecho subjetivo fundamental que cobija en su contenido constitucionalmente protegido esta libertad general iusfundamental.
-
- Tal derecho, como bien lo han advertido las partes de este proceso, es el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aunque en anterior jurisprudencia este Tribunal ha sostenido que éste es un derecho innominado y que, consecuentemente, encontraría su fundamento en el artículo 3º de la Constitución (cfr. STC 0007-2006-PI, F. J. 47), analizadas con mayor detenimiento las cosas, la manifiesta indeterminación de esta cláusula,

aconseja a la jurisdicción constitucional –en razón de su carencia de legitimidad democrática directa– a no acudir a ella, a menos que el derecho fundamental cuya esencialidad ética es indiscutida y que es necesario proteger, no derive razonablemente de la semántica de los derechos expresamente enumerados por la Norma Fundamental. Y es que si es posible establecer esta razonable relación, la interpretación constitucional que da cuenta de la existencia jurídica del respectivo derecho fundamental, gozará, además, de un mayor margen de legitimidad democrática al encontrar como fuente directa la expresa mención de un derecho por parte del Poder Constituyente en la Norma Fundamental.

En otros términos, tal como en anterior ocasión ha dejado establecido este Tribunal, “en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos ‘no enumerados’ y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3º de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita” (cfr. STC 0895-2001-PA, F. J. 5).

38. En esa línea, es necesario tomar en cuenta también los siguientes datos contenidos en la Guía Nacional de Abordaje Técnico al Tabaquismo, Perú 2010, elaborada con los aportes técnicos de las siguientes instituciones: el Colegio Médico del Perú, la Sociedad Peruana de Neumología de Perú, la Sociedad Peruana de Cardiología, la Sociedad de Oncología Médica de Perú, la Asociación Psiquiátrica Peruana, el Centro de Información y la Educación para la Prevención del Abuso de

Drogas (CEDRO) y la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica (COLAT): “Uno de los grandes problemas de salud pública en el mundo es el consumo de tabaco, su adicción se la denomina tabaquismo; se ha estimado que uno de cada 8 muertes están asociadas al consumo de tabaco, se ha estimado que cerca de 100 millones de personas murieron a causa del tabaquismo durante el siglo XX y se estima que para el año 2030 el tabaco podría ser responsable de 10 millones de muertes al año en el mundo. Otro dato estadístico llamativo es que el consumo permanente del cigarrillo se asocia a la muerte de cerca de un 50% de los fumadores crónicos. En el Perú el tabaco es la segunda droga más consumida después del alcohol, su continuo consumo se la ha asociado a ser la causante de diversos tipos de cáncer en el hombre y la mujer, como son el cáncer del pulmón, cavidad oral, entre otros numerosos males respiratorios crónicos. Los fumadores tienen mayor probabilidad de faltar más días al trabajo por enfermedad, y de morir en sus años más productivos, dejando a sus familias sin fuentes de ingresos.

Se conoce que el humo del tabaco contiene más de 4.000 compuestos químicos, de los cuales 60 son cancerígenos, existiendo además otros 16 cancerígenos en el tabaco sin quemar. El Banco Mundial ha indicado que el tabaco consume los recursos de la economía mundial a razón de 200.000 millones de dólares anuales” (p. 3).

76. El Tribunal Constitucional ha sostenido, en más de una ocasión, que “[l]os tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional” (cfr. SSTC 0025-2005-PI –acumulados–, F. J. 26; 0005-2007-PI, F. J. 11; entre otras). Desde luego, con esta afirmación no se pretende sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos sean parámetro directo de constitucionalidad de las leyes, de forma tal que, con prescindencia de lo establecido por la Constitución, la constatación de la incompatibilidad entre una ley y un tratado internacional sobre derechos humanos, permita a este Tribunal expulsar la ley del sistema jurídico. Y es que ello, entre otras cosas,

haría de este Tribunal guardián de tales tratados y no de la Constitución, asumiéndose constituido por el referido tratado y no por la Norma Fundamental peruana, lo que a todas luces resultaría constitucionalmente erróneo. Prueba de que el parámetro último de validez de las normas es la Constitución y no los tratados sobre derechos humanos es que, en última instancia, cuando menos en teoría, al amparo del artículo 200º, inciso 4, de la Constitución, no existe impedimento alguno para que un tratado sobre derechos humanos sea objeto de control en el marco de un proceso de inconstitucionalidad.



Tribunal
Constitucional

EL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

En el año 2005, el Tribunal Constitucional, mediante Resolución Administrativa N° 0019-2005-P-TC, de fecha 1 de febrero de 2005, creó al Centro de Estudios Constitucionales (CEC) como su órgano de apoyo académico y de investigación. Entendiendo, por tanto, que la principal función del CEC es fortalecer la presencia institucional del Tribunal, fomentando el debate y conocimiento de temas constitucionales y de difusión de su jurisprudencia.

Es en esa lógica, que a lo largo de estos años el CEC ha venido organizando diversas actividades académicas tales como talleres, seminarios y conferencias. No obstante ello, fue recién en el mes de abril de 2009 que se inauguró su sede institucional en San Isidro y, con ello, se emprendió una tarea de capacitación y difusión de la jurisprudencia constitucional mucho más comprometida y consolidada. Prueba de ello es el desarrollo del Diploma de Especialización en Teoría de la Argumentación Jurídica e Interpretación de los Derechos Fundamentales y la importante acogida que ha tenido en la comunidad jurídica, los diversos Cursos de Especialización en materia de precedentes vinculantes, previsional y penal; y, los Programas de Capacitación para otras instituciones que se vienen organizando.

Institucionalmente existe plena conciencia de que el desarrollo de las sociedades actuales queda garantizado con una formación adecuada. Por ello, la labor académica que despliega el CEC es seria, comprometida, adaptada a las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales y recoge en su seno a connotados profesores universitarios, tanto nacionales como extranjeros.