



LA DIMENSIÓN CULTURAL DE LA CONSTITUCIÓN EN EL PENSAMIENTO DE RUDOLF SMEND, KONRAD HESSE Y PETER HÄBERLE: UNA REFLEXIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA

*THE CULTURAL DIMENSION OF THE CONSTITUTION IN THE THOUGHT OF
RUDOLF SMEND, KONRAD HESSE AND PETER HÄBERLE: A REFLECTION FROM
PERUVIAN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE*

Néstor Daniel Loyola Ríos *

Resumen: Este trabajo de investigación realiza un estudio dogmático de la Constitución como expresión de la cultura, desarrollado por la escuela de *iusculturalistas*, como Rudolf Smend, Konrad Hesse y Peter Häberle, cuyos aportes a la teoría de la Constitución y la interpretación constitucional han influido en la construcción del Derecho Constitucional peruano. En ese contexto, se presentan sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante TC) para analizar cuál es el nivel de recepción de este enfoque constitucional en los argumentos que desarrollan los jueces constitucionales al momento de resolver controversias complejas como el

* Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia y estudios de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Asesor en la Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo. Docente universitario. Autor de diversos artículos en materia constitucional. Correo electrónico: nestorloyola5@gmail.com

reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, la aplicación de la eutanasia, la validez de la maternidad subrogada y la protección jurídica de los animales; temas muy frecuentes en la sociedades de estos tiempos.

Palabras clave: Derecho Constitucional, cultura, interpretación constitucional, integración.

Abstract: This research work carries out a dogmatic study of the Constitution as an expression of culture, developed by the school of cultural lawists, such as Rudolf Smend, Konrad Hesse and Peter Häberle, whose contributions to the theory of the Constitution and constitutional interpretation have influenced the construction of Peruvian Constitutional Law. In this context, rulings from the Constitutional Court (hereinafter TC) are presented to analyze the level of reception of this constitutional approach in the arguments developed by constitutional judges when resolving complex controversias such as the recognition of marriage between people of the same sex, the application of euthanasia, the validity of surrogacy and the legal protection of animals; very frequent topics in societies these days.

Key words: Constitutional Law, culture, constitutional interpretation, integration.

“El concepto cultura es determinable de tiempo en tiempo dentro del concreto contexto normativo. La cultura está radicada prevalentemente en el ámbito social, su comprensión jurídica, por consiguiente, no puede tener éxito sin la inclusión de conocimientos extrajurídicos”.

(Klaus Stern, 2004, p. 562)

I. Introducción

Cuando se habla de la Constitución de un Estado, tradicionalmente suele referirse a un conjunto de disposiciones jurídicas que regulan la estructura del poder público y la vida en sociedad. Esta noción, de corte evidentemente positivista, quizá sea una de las que tenga mayor arraigo en la formación jurídica de los abogados; seguramente por la marcada influencia que ha ejercido Kelsen —a diferencia de otros juristas de su época— en América Latina desde los años treinta del siglo pasado (García, 1998, p. 312).

Sin embargo, ese enfoque formalista muchas veces excluye el contenido material

que sostiene a la norma más importante de un país y, en consecuencia, no permite comprender cómo los fenómenos de la realidad o los valores sociales construyen constantemente su significado y promueven un auténtico sentido de justicia frente a los más álgidos problemas que afronta la humanidad.

Por eso se requiere explorar esta concepción *iusculturalista*, que presenta al Derecho Constitucional como una herramienta para la cohesión y desarrollo de las personas y la comunidad en general, a través del pensamiento de uno de los más grandes representantes del Derecho Público alemán: Rudolf Smend, y con él, a una

generación de egregios juristas, como Konrad Hesse y Peter Häberle, quienes siguiendo los predicamentos de su escuela han podido brindar diversos aportes para el constitucionalismo contemporáneo.

No se trata, pues, de discursos líricos o surrealistas sobre la defensa de la Constitución, sino de postulados imperecederos, cuyas ideas han trascendido a su tiempo, volcándose hasta nuestros días. Y es que no puede soslayarse que varias de sus teorías han calado significativamente en el proceso de interpretación constitucional y, desde luego, también en la forma de impartir justicia constitucional.

Dicho esto, el presente trabajo pretende conocer un poco más de los autores antes mencionados, realizar una aproximación a su pensamiento, identificar y revalorizar los principales aportes del culturalismo al Derecho Constitucional, analizar casos constitucionales emblemáticos, pues de esa manera se podrá acercarse a los desafíos que tiene la justicia constitucional para salvaguardar el principio de supremacía constitucional y la vigencia de los derechos fundamentales en contextos tan cambiantes como el peruano.

II. Los gigantes de Weimar en la Alemania del siglo XX

Para contextualizar el escenario histórico de donde emergen las principales líneas ideológicas del constitucionalismo alemán corresponde ubicarse en las postrimerías de la primera guerra mundial, que conllevó a la renuncia del káiser

Guillermo II al *Reich* y la instauración de una asamblea constituyente para refundar al Estado y erigirlo bajo un sistema democrático que permita hacer frente a los disturbios internos, las fragmentaciones políticas y la miseria, luego de la derrota de Alemania en manos de los países aliados.

De esta manera, el fracaso del estatismo liberal, los abusos cometidos por la concentración del poder en el monarca y las carencias materiales en la sociedad hicieron posible el surgimiento de una etapa republicana, que en 1919 aprobó una nueva Constitución en la ciudad de Weimar, caracterizada por reconocer la figura del presidente como jefe de Estado y la protección de diversos derechos sociales, tales como la salud, el trabajo o la educación, a favor de grupos más vulnerables y oprimidos.

Sin embargo, este modelo no garantizó la salida a los problemas estructurales que mantenía Alemania, ya que rápidamente los cuestionamientos al denominado Estado Social empezaron a hacerse cada vez más fuertes. Su eficacia, controvertida a causa de los escasos recursos y las tensiones políticas de aquellos años, así como las agitaciones sociales y el ánimo revanchista, fueron el escenario ideal para la aparición de los movimientos totalitarios en la vida política y la asunción del partido nazi en el poder, con Adolfo Hitler a la cabeza, en el año 1934.

Posteriormente, su participación y derrota en la Segunda Guerra Mundial (1939 - 1945) estuvo marcada por consecuencias

devastadoras en términos económicos y de unidad política. La república de Weimar, aunque vigente, había quedado de lado con mucha antelación, lo que propició la dación de un nuevo texto constitucional firmado en la ciudad de Bonn en 1949, al que denominaron Ley Fundamental para la República de Alemania.

Esos vaivenes de la historia significaron profundos cambios en el pensamiento político alemán y motivaron reflexiones sobre la configuración de un Estado capaz de respetar los valores supremos de justicia, libertad e igualdad para el bien común de la sociedad, garantizar la preservación de la humanidad frente a las atrocidades cometidas en el *tercer Reich*, estipulando no solo derechos humanos en declaraciones o documentos normativos, sino también brindando la garantía de que estos sean protegidos a través de tribunales independientes y sujetos a los dictados de la Constitución.

Precisamente, tales preocupaciones aparecen en el periodo de entreguerras de la mano de ilustres juristas que vivieron para revolucionar la teoría constitucional con sus aportes al Derecho Público. Se trata de Hans Kelsen (1881 - 1973), Carl Schmitt (1888 - 1985), Hermann Heller (1891 - 1933) y Rudolf Smend (1882 - 1975), a quienes más tarde Häberle llamaría: «Gigantes de Weimar», por ser una referencia inexorable a la que todos debemos remontarnos para comprender los fenómenos jurídicos y generar nuevos conocimientos:

Todos nosotros vivimos hoy en Alemania en gran medida de

“Weimar”, cabalgamos en calidad de epígonos “sobre los hombros de gigantes” y, por ello, estamos en condiciones de ver algo más hacia adelante que éstos. Sólo un tiempo posterior podrá proporcionar la perspectiva para reconocer con claridad si bajo la GG [Grundgesetz] se han logrado y logran conquistas pioneras comparables. (Häberle, 2004, p. 80)

III. Apuntes relevantes en la vida y obra de Rudolf Smend, Konrad Hesse y Peter Häberle

En las siguientes líneas, se pretende desarrollar algunas muy breves referencias biográficas y bibliográficas con la finalidad de comprender quiénes son los grandes juristas que inspiraron el presente opúsculo, por qué constituyen una fuente indispensable para el estudio del Derecho Constitucional, cuál es la relación que guardan entre sí y cómo se ha expandido su pensamiento. Ello, claro está, sin perjuicio de abordar con mayor detenimiento sus principales aportes en los próximos apartados.

1. Rudolf Smend

Nació un 15 de enero de 1882 en Basilea y pertenecía a una familia de teólogos y juristas, lo que se evidencia en muchas de sus investigaciones. Su tesis doctoral se publicó en 1904 con el título «El texto constitucional prusiano en comparación con el belga» (*Die Preussische Verfassungsurkunde im Vergleich mit dem Belgischen*), el cual mereció la reseña de uno

de los más grandes representantes del *iuspublicismo* del siglo XIX: Paul Laband. En 1908, fue habilitado como catedrático con un trabajo sobre el Tribunal Supremo del Imperio y ejerció la docencia en Greifswald (1909), Tubinga (1911), Bonn (1915 - 1922), Berlín (1922 - 1935) y Gotinga. Tuvo como discípulos a Ehmke, Hennis y Scheuner; sin embargo, el más destacado fue Konrad Hesse¹ (Brage, 2005, pp. XI - XIV).

Carl Friedrich Rudolf Smend fue el impulsor de una teoría de la Constitución basada en una concepción cultural, propia de las «ciencias del espíritu»²; que —a diferencia de las ciencias de la naturaleza— comprende a las ciencias sociales o de la humanidad (historia, sociología, psicología, filosofía, etc.), como instrumentos que explican la realidad, los cambios sociales y contribuyen a una permanente unidad. Por eso, se entiende su rechazo al positivismo, formalismo o ritualismo con el que se pretendía describir al Derecho en aquella época.

Entre sus obras, cabe mencionar la ponencia que hizo sobre libertad de expresión, ciencia y cátedra, sustentada en 1927 en Múnich y publicada recién en 1928. En ese acto, desarrolló una concepción espiritual sobre los derechos fundamentales como parte de un sistema cultural de valores materiales de un Estado (Smend, 2005, p. 8). Meses después, pero en ese mismo año

(1928), su obra cumbre ve la luz, pues se publicó «Constitución y Derecho Constitucional», que encumbra la famosa teoría de la integración, como un intento por promover la unidad estatal frente a la crisis e inestabilidad política que se afrontaba durante la República de Weimar. Sin embargo, esta última publicación provocó la respuesta de Hans Kelsen, quien a través del libro «El Estado como integración. Una controversia de principio» (1930) refutó su concepción sobre el Estado.

Tan importante es el pensamiento de Smend que —comenta el profesor Brage— en la sentencia del caso *Lüth* (BVerfGE 7,198), del 15 de enero de 1958, el Tribunal Constitucional alemán acogió su método de interpretación constitucional, así como las premisas de la hermenéutica constitucional basadas en un orden de valores (2009, p. 112). Finalmente, el distinguido jurista falleció en Gotinga el 5 de julio de 1975.

2. Konrad Hesse

Nació un 29 de enero de 1919 en la localidad de Königsberg. Se inició como docente en 1955 en Gotinga, pero en 1956 obtuvo la habilitación para ocupar la cátedra de Derecho Público y Eclesiástico en la Universidad Friburgo hasta 1990. También ha sido magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán entre los años 1975³ y 1987 (Landa, 1998, pp. 209 - 210).

¹ Otro seguidor importante fue el jurista chino Hsü Dau Lin, quien es conocido por su clásica contribución denominada «Mutación de la Constitución» (1932). En tanto, un gran difusor de su obra en España fue Pablo Lucas Verdú.

² Se reconoce la influencia de Wilhelm Dilthey sobre la concepción de las «ciencias del espíritu», cuya

preocupación radica en el entendimiento de las fuerzas que intervienen en las sociedades, su evolución y transformación histórica (1949, pp. 11 - 12).

³ A penas algunos meses después de la muerte de su maestro Rudolf Smend.

Tuvo como discípulos a Peter Häberle, Friedrich Müller, Alexander Hollerbach, Hans Peter Schneider y otros. Sus publicaciones se enmarcaron a finales de la segunda guerra mundial y los albores de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, las cuales tuvieron gran influencia en el constitucionalismo alemán, español y varios países del mundo.

En el Perú, puede mencionarse su clásica obra «Escritos de Derecho Constitucional», editado en 1982 y actualizado en 2012, que reúne la traducción de diversas publicaciones originales desde 1966 a 1991. Este libro es de vital importancia para la comprensión del Derecho Constitucional, por cuanto desarrolla sus rasgos más esenciales, como un concepto de Constitución, principios y límites a la interpretación, mutación constitucional, entre otros. Entonces, se aprecia la idea de Constitución como orden jurídico fundamental que busca la unidad política e integración social, y cuyo contenido se va realizando a través del tiempo mediante el empleo de un procedimiento interpretativo de sus normas inacabadas.

También, cabe mencionar su conferencia del 13 de junio de 1988, titulada «Derecho Constitucional y Derecho Privado», en la que aborda la relación que existe en ambas esferas y el influjo de los derechos fundamentales sobre el ámbito privado, pues le permite adaptarse a los cambios de la realidad. Concretamente menciona:

el Derecho Constitucional ofrece "directrices e impulsos" que son

considerablemente importantes en particular para una evolución adecuada del Derecho Privado. El Derecho Constitucional reacciona en general con rapidez a los cambios de la realidad; gracias a la amplitud y apertura de sus normas está en situación de tener en cuenta las transformaciones de los presupuestos y de las exigencias más rápidamente y más fácilmente que el Derecho Privado. (Hesse, 1995, p. 84)

Otros vestigios de su pluma fueron el ensayo respecto de las «Etapas del desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana» (1998), en el que da cuenta de los vaivenes por el que ha transitado la jurisdicción constitucional en los diferentes regímenes políticos de la historia alemana y su proyección hacia el siglo XXI; así como, la entrevista que le hizo el profesor César Landa en ese mismo año y para la misma revista (Pensamiento Constitucional). En este texto, incluso, podrá encontrarse una biografía del autor y su prolífica producción jurídica.

El ocaso de su existencia se dio un 15 de marzo de 2005 en Friburgo, luego de una penosa enfermedad.

3. Peter Häberle

Nació un 13 de mayo de 1934 en Göppingen. Fue discípulo de Konrad Hesse y se le considera nieto académico de Rudolf

Smend⁴. Eso explica la continuación de una doctrina que define al Derecho Constitucional a partir de las fuerzas culturales que se producen en las sociedades. Como sostiene Eto (2013), incorpora una “multifacética vertiente de la sabia cultural, en un diálogo puente con vertientes interdisciplinarias, permitiendo así entender el “fenómeno constitucional” mucho más allá del simple esquematismo normativo” (p. 524). Además, aborda en esa línea un modelo de interpretación plural de la Constitución y propugna por un *ius commune* europeo, basado en la idea de una integración de principios constitucionales comunes para toda Europa.

Luego, en 1961 obtiene el grado de Doctor con su tesis «la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn», la cual se realizó bajo la batuta de su maestro Hesse y constituye una referencia doctrinal ineludible para la formación constitucional.

En 1969 empezó a ejercer la cátedra universitaria en las Universidades de Mannheim, Maburgo, Bochum, Ausburgo y Bayreuth. También ha sido condecorado con el grado de Doctor Honoris Causa en las Universidades Aristóteles de Tesalónica (Grecia), Granada (España), Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú), Brasilia (Brasil), Lisboa (Portugal), Tiflis (Georgia) y Buenos Aires (Argentina).

Sus publicaciones se han extendido no solo en Europa, sino también en Latinoamérica, como México, Brasil, Argentina, Colombia, Chile y Perú, en el que sus escritos han servido para sustentar las decisiones de sus altos tribunales constitucionales (Häberle, 2017, pp. 8 - 9), inclusive. Y es que las obras del profesor Häberle han sido bastante difundidas en nuestros tiempos y, probablemente, sea el mejor referente para comprender también a sus grandes maestros.

Por mencionar solamente algunas de ellas, y que fueron traducidas al español, tenemos su clásico ejemplar sobre «La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales», «El Tribunal Constitucional como tribunal ciudadano», «Estudios sobre la jurisdicción constitucional» que fue escrito junto con Hesse, «El himno nacional como elemento de identidad cultural del Estado Constitucional», «Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de sociedad abierta», «Tiempo y Constitución. Ámbito público y jurisdicción constitucional», «Los derechos fundamentales en el Estado prestacional», «Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar», «El Estado Constitucional», «La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional», «Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura», «La libertad fundamental en el Estado Constitucional», «Avances constitucionales en Europa Oriental desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la

⁴ También valga señalar que, uno de los discípulos del profesor Häberle es Emilio Mikunda, quien tiene un libro precisamente dedicado al

pensamiento del insigne jurista alemán: «Filosofía y teoría del derecho en Peter Häberle» (2009).

teoría constitucional», «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución», «Desarrollo Constitucional y reforma constitucional en Alemania», «El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concreto frente a la judicatura del Tribunal Constitucional», entre otros.

IV. Algunos aportes teóricos desde el constitucionalismo cultural

Si bien la teoría constitucional puede ser estudiada a partir de las diferentes corrientes jurídicas que, durante años, varios juristas se han encargado de desarrollarla, en esta sección se pretende analizar los principales contenidos que identifican el enfoque cultural que presenta la Constitución. Además, permitirá apreciar las similitudes ideológicas que comparten Smend, Hesse y Häberle, así como la consolidación progresiva de una doctrina bastante arraigada —pero pocas veces valorada— en el país. También se presentan, brevemente, sentencias emitidas por el TC, en las cuales se aprecia el recibo de estas teorías en la labor pretoriana de los jueces constitucionales.

1. El sentido de Constitución: Realidad, tiempo y cultura

La Constitución de un Estado no es un documento que pueda estar desvinculado de la realidad que está llamada a normar ni desprovista de otros elementos que contribuyan a mantener vigentes las relaciones entre gobernantes y gobernados.

Por eso, reducirla a una mera estructura normativa que regula el ejercicio del poder político parece obviar la existencia de fuerzas sociales que convergen y actúan directamente en la realización del texto constitucional escrito, las cuales forman parte de las «ciencias del espíritu».

Smend (1985) conceptualiza a la Constitución como:

la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir de su proceso de integración. La figura de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado: y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso. Lógicamente el Estado no limita su "vida" solo a aquellos momentos de la realidad contemplados por la Constitución: para tener una vigencia efectiva en la vida política, la Constitución ha de tener en cuenta toda la enorme gama de impulsos y de motivaciones sociales de la dinámica política, integrándolos progresivamente. (pp. 132 y 133)

Entonces, se entiende a la Constitución como un proceso vivo y dinámico que no se agota con el articulado que la integra ni con el fenómeno fáctico regulado en un determinado contexto y tiempo. Por consiguiente, su interpretación requiere ser extensiva y flexible, pues a través de esta práctica se busca integrar o armonizar las aspiraciones de la comunidad

en la existencia del Estado. Como es evidente, este propósito puede encontrarse en la propia Constitución u otras fuentes jurídicas, por cuanto las normas constitucionales no habitan en una isla alejada de otras áreas del conocimiento.

Siguiendo esa línea, Hesse (2012) resalta que la Constitución debe tener apertura frente al paso del tiempo, en razón a que se trata de normas de textura abierta y sujetas a los vaivenes de una realidad rápidamente cambiante, expresando:

debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en tanto que tal, sometida a cambios históricos. Esta alterabilidad caracteriza particularmente las relaciones vitales reguladas por la Constitución [...] Si la Constitución quiere hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes su contenido habrá de permanecer necesariamente "abierta al tiempo".
(p. 46)

Se produce un nexo inescindible entre Constitución y realidad (Hesse, 2012, p. 53), dado que la norma constitucional no puede ser realizada a partir de una lectura de su enunciado lingüístico, sino de las circunstancias concretas que la dotan de contenido material. Por ejemplo, para garantizar el artículo 1 de la Constitución, que prevé el respeto a la dignidad de la persona, es necesario analizar qué hechos específicos y cómo se favorecería la materialización de dicho atributo humano, el

cual puede darse en diversos contextos, como el laboral (empleo digno), previsional (pensión digna), de subsistencia (vida digna), habitabilidad (vivienda digna), etc.

La jurisprudencia constitucional no ha sido esquiva a esta concepción, pues en el conocido caso sobre la disolución del Congreso de la República por la denegatoria fáctica de la cuestión de confianza, el magistrado Eloy Espinosa-Saldaña sustentó su fundamento de voto para desestimar la demanda, en la tesis del referido autor alemán:

La concretización de la Constitución, como bien señalaba Hesse, y quienes han seguido esa línea de pensamiento, no puede entonces ser comprendida de una manera estática y cerrada. Una Constitución no es hoy una camisa de fuerza, sino un punto de partida para generar o recrear respuestas (según fuera el caso) a problemas que se presentan en la realidad misma de un Estado Constitucional (o por lo menos, que apunte a hacerlo). (Tribunal Constitucional, Exp. N.O. 0006-2019-CC/TC, fundamento 9)

La idea del tiempo como elemento inherente al sentido de Constitución también ha sido defendida por Häberle (2017), quien expresó:

la comprensión de la Constitución no está en el espacio intemporal vacío; es, por un lado, el resultado de las experiencias históricas y, por el otro, las hace posibles también: una pieza del "tiempo condensado" es, por

ejemplo, la idea antropológicamente fundamentada del impedimento del abuso del poder. (p. 24)

Se trata de un texto que entraña un proceso público con proyección hacia el futuro, el cual transforma y redimensiona los valores que sostienen al Estado y la sociedad con el transcurso de los años. Puede enfrentar nuevas formas de discriminación, explotación, abuso de poder y vulneraciones a los derechos fundamentales que se presenten en la vida política, a pesar de que la razón histórica o en la idea del constituyente no haya advertido ni imaginado algún suceso similar.

En ese sentido, las Constituciones rigen más allá de su tiempo y son un verdadero producto cultural, pues norman con cierta amplitud realidades que se van construyendo conforme evolucionan los pueblos. Al respecto, Häberle (2000) sostenía que una Constitución representa de por sí un *logro cultural*, producido por la aparición de factores subjetivos (ideologías, aspiraciones, impulsos, etc.) y objetivos (eventos históricos, regímenes de gobiernos, etc.). En su libro «Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura» manifiesta que:

Es el resultado y el logro de todo un elenco de procesos culturales, como así queda perfectamente reflejado en los correspondientes textos clásicos bajo el rótulo de "legado cultural", un legado que es asumido cada vez de nuevo con la pretensión de futuro de que, una vez alcanzado un determinado nivel cultural en el ámbito del Derecho constitucional,

jamás deberá ser abandonado, sino, cuando menos, conservado y, en el mejor de los casos, mejorado. (p. 34)

Pero, además, conviene tener en cuenta que la cultura no es una abstracción mental ni un discurrir en el tiempo, pues se encuentra impregnada en diversas disposiciones constitucionales. Esto evidencia de que el texto supremo de un Estado deja de ser una compilación de artículos destinados a regular la organización, competencias o procedimientos, para cobijar conceptos (bienes) de cuño axiológico. Estas llevan en forma ínsita una alta carga valorativa que irradia hacia la transformación de las sociedades y el Estado, como ocurre con los propósitos metajurídicos previstos en su preámbulo, los objetivos educacionales, el fomento de la ciencia y el arte, la identidad étnica, la religión, los símbolos patrios, el idioma, entre otros. Todas ellas cultivan la Constitución y expresan el sustrato cultural en la transcripción de sus normas.

El TC, al analizar el uso del propio idioma —en este caso fue el pakistání— como garantía del derecho de defensa en un proceso judicial, hizo suya la teoría häberliana para alegar que la dimensión cultural de la Constitución significa que “[...] no es solo una obra normativa sino también expresión de un estado de desarrollo cultural, medio de la autorrepresentación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas” (Tribunal Constitucional, Exp. N.O. 4719-2007-PHC/TC, fd. 12).

Por todo lo antes expuesto, son innegables las semejanzas doctrinarias que existen entre nuestros autores, quienes conciben a la Constitución como un documento imperecedero que trasciende a sus líneas escritas. Proponen, así, una idea de Constitución en la que confluyen fuerzas vivas desde afuera del texto para pacificar la vida política; fuerzas que pueden provenir del estudio antropológico, sociológico, psicológico, filosófico, económico, etc. de una realidad no lineal.

Hecho, tiempo y cultura, bien podrían definir el sentido de Constitución, cuyo contenido material —independientemente de las prescripciones formalistas— es el resultado de un proceso dialéctico, público y plural en la transformación de las sociedades. Hecho, es el eje de inicio sobre el cual emerge la Norma Suprema; tiempo, el factor imprescindible que transcurre en la vida constitucional y permite otorgarle legitimidad y carácter jurídico, pese a los cambios; y finalmente cultura, como esencia axiológica que dirige el destino de sus normas y se halla presente de modo transversal en sus disposiciones.

2. La Constitución como instrumento de integración

Siendo la Constitución un proceso vivo y de permanente renovación que hace posible el tránsito hacia nuevas realidades, no puede concluirse que su resultado genere necesariamente algún sentido de progreso (cultural). Y, ciertamente, diversos pasajes de la historia han dado cuenta de ello: La instauración de regímenes totalitarios en

gran parte de Europa del siglo XX, la doctrina sobre la segregación racial denominada «separados pero iguales» en los Estados Unidos del siglo XIX, etc.

Frente a esos grandes peligros para la existencia de cualquier Estado y las comunidades, Smend (1985) introduce su teoría de la integración, en la que sostiene que la vigencia de la Constitución debe provenir de consensos entre las fuerzas de la realidad espiritual para asegurar la unidad del Estado, es decir, unificar las relaciones entre los ciudadanos y la organización que las ordena. De manera concreta, afirmaba que:

El Estado no constituye en cuanto tal una totalidad inmóvil, cuya única expresión externa consista en expedir leyes, acuerdos diplomáticos, sentencias o actos administrativos. Si el Estado existe, es únicamente gracias a estas diversas manifestaciones, expresiones de un entramado espiritual, y, de un modo más decisivo, a través de las transformaciones y renovaciones que tienen como objeto inmediato dicho entramado inteligible. El Estado existe y se desarrolla exclusivamente de continua renovación y permanente reviviscencia. (pp. 62 - 63)

Esta teoría, defendida en el libro «Constitución y Derecho Constitucional» de 1928, aparece como una respuesta a la crisis político-estatutaria que se asentó en Alemania después de la derrota en la primera guerra mundial y la fragmentación de un orden social que parecía agudizarse en

la república de Weimar. Para Smend (1985, pp. 70 -106), la integración puede ser:

a) Personal: Referida a la cohesión que se produce entre gobernantes, como responsables de la dirección política interna y exterior, y gobernados, en tanto destinatarios del poder estatal. Así pues, el mando político depositado a una persona mediante la voluntad de todo un pueblo otorga unidad, identificación y afianzamiento de una realidad cultural y dinámica. Ejemplo de este factor de integración se encuentra en el jefe de Estado, el monarca, el primer ministro, un gabinete, los jueces, un funcionario o un caudillo, inclusive.

b) Funcional: La unidad no solo se da con representación y la dominación política, sino también a través de los procesos, formas o modos que conforman una comunidad y confieren un sentido o valor de pertenencia. En esta modalidad se encuentran las manifestaciones públicas, el proceso de producción, la filosofía religiosa, las elecciones, las votaciones, etc.

c) Material: Plantea que la existencia del Estado se sostiene sobre objetivos comunes, los que constituyen valores o contenidos sustantivos de la sociedad. Estos se actualizan conforme avanza la realidad histórica, pues se encuentran en constante movimiento por la evolución cultural que se encuentran inmersas las comunidades. Aquí se encuentran los derechos

fundamentales o los símbolos identitarios del Estado.

Una línea similar defiende Hesse (2012), para quien la Constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad que fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política (p. 43). Así, al contener disposiciones que organizan y regulan la actividad del Estado (vida estatal) y valores materiales (vida no estatal), como la propiedad, la igualdad, la familia, etc., promueve la formación de una unidad social y estadual que, a su vez, brinda un efecto estabilizador a las relaciones públicas y privadas que se generen con el devenir histórico.

3. Los principios de interpretación constitucional

Dentro de la teoría de la Constitución encontramos los principios de interpretación constitucional que, a diferencia, de los clásicos métodos de interpretación jurídica, permiten identificar los contenidos de las disposiciones normativas insertas en la Norma Suprema y resolver sus antinomias internas.

Smend (1985) fue uno de los artífices en desarrollar el principio de eficacia integradora precisamente a partir de su teoría de la integración (desarrollada en el acápite anterior). Para el autor, tanto el Estado como la Constitución se desarrollan en un marco de dinámica y de renovación constante, las cuales deben estar orientadas a alcanzar la unidad social y política de la sociedad (pp. 62 - 106).

Tal idea fue abordada por Hesse (2012), quien además de acoger dicho principio de interpretación instituido por su maestro —bajo la idea de promover aquella solución constitucional que promueva la unidad—, incorporó otros que garantizaran el proceso de concretización de las normas constitucionales, es decir, la aplicación del contenido de la Constitución a un problema en específico de la realidad. Así, pues, reconoció los siguientes principios de interpretación: i) Unidad de la Constitución (entender la disposición constitucional no de forma aislada, sino en su conjunto); ii) Concordancia práctica (optimizar en mayor medida los bienes jurídicos constitucionales enfrentados); iii) Corrección funcional (no modificar la distribución de funciones estatales); iv) Eficacia integradora (otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan la unidad política); y, v) Fuerza normativa de la Constitución (lograr soluciones que doten de eficacia a la Constitución como norma jurídica).(pp. 67 - 69).

En el Perú, tales principios han sido incorporados por la jurisprudencia constitucional cuando el TC reconoció que las normas de la Constitución no obedecen a una lógica subsuntiva, sino bajo otros parámetros que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Ello con el objeto de interpretar que las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones se encuentran sujetas al control constitucional, a pesar de que la Constitución señale que sus resoluciones en materia

electoral son irrevisables judicialmente (Tribunal Constitucional, Exp. N.O. 05854-2005-AA/TC, fd. 12).

4. El fenómeno de la mutación constitucional

La idea inicial de las mutaciones constitucionales parte del pensamiento de Smend (1985), quien reconoció al dinamismo vital como un elemento integrador de la Constitución y el Estado:

Lógicamente el Estado no limita su “vida” sólo a aquellos momentos de la realidad contemplados por la Constitución: para tener una vigencia efectiva en la vida política, la Constitución ha de tener en cuenta toda la enorme gama de impulsos y de motivaciones sociales de la dinámica política, integrándolos progresivamente. (pp. 132 -133)

Para Hsü Dau Lin (1932) —su discípulo chino que trabajó este tema— las mutaciones constitucionales tratan de una incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por otro, es decir, representa una tensión entre la Constitución escrita y la situación real constitucional (pp. 29 - 30).

En términos generales, una mutación constitucional se produce cuando existe la necesidad de asignar un nuevo significado (sentido interpretativo) a las disposiciones constitucionales escritas, sin sufrir alguna modificación formal a su texto. Esto responde precisamente a la presencia de fuerzas externas a la vida estatal plasmada

en las normas que rigen las relaciones jurídico-sociales.

En esa misma línea, Häberle (2003) manifiesta que a través de una mutación constitucional la norma constitucional puede adquirir un significado nuevo o diferente, por la vía de los tribunales, la práctica estatal, la opinión pública o la doctrina (pp. 62 - 63). Sin embargo, como quiera que esta figura no puede quedar librada al decisionismo puro de quien interpreta los fragmentos de la Constitución, Hesse (2012) estableció como límite el propio texto constitucional. En otras palabras, sostuvo que, "si una mutación constitucional aparece en contradicción con el texto de la norma, concluirían las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de la mutación constitucional", ya que de hacerlo se podría caer en un quiebre constitucional o la anulación de la misma Constitución. Además, bajo ese resguardo no se limitarían las funciones esenciales de la Constitución, como la estabilización, racionalización y limitación del poder (pp. 112 - 114).

En el caso del TC peruano, se ha resaltado que «la mutación modifica de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente (Tribunal Constitucional, Exp. N.O. 050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 21). Sin embargo, ello no implica que se aplique de manera indiscriminada, ya que se pone un referente mínimo (núcleo duro de la Constitución) objeto que la distingue de una desvirtuación (manipulación fraudulenta) del texto

constitucional (Tribunal Constitucional, Exp. N.O. 0014-2002-AI/TC, fd. 70).

V. La constitución cultural y su impacto en la jurisprudencia del TC

En este acápite se presentan algunos casos polémicos abordados por el Máximo Intérprete de la Constitución, en donde podrá valorarse si dicho organismo analiza los conflictos constitucionales a partir de una interpretación basada en clave cultural o si existe un fuerte apego al sentido semántico de las grafías constitucionales.

1. Caso: Unión matrimonial entre personas del mismo sexo (Tribunal Constitucional, Exp. N.O.01739-2018-PA/TC)

El señor Óscar Ugarteche Galarza interpuso una demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante RENIEC) por denegar el reconocimiento de su matrimonio celebrado en México con el ciudadano Fidel Aroche Reyes. Para el registro civil, tanto la Constitución como el Código Civil vigente no permiten las nupcias entre personas que tienen el mismo sexo.

El TC, en votación de 4 contra 3, decidió declarar improcedente la demanda y, por lo tanto, no amparar el pedido del demandante y su esposo. Entre las razones que sirvieron para desestimar el amparo se pueden considerar las siguientes:

- Para el magistrado Ferrero Costa, no cabe hablar de matrimonio bajo una unión

homosexual por la misma razón que “una compraventa sin precio ya no es compraventa sino donación”. Además, “la heterosexualidad del matrimonio es una constante a lo largo de toda la historia sociojurídica, como se evidencia desde el Derecho romano precristiano”. Y, adicionalmente:

los nuevos ciudadanos, que aseguran la continuidad social, proceden de uniones entre personas de distinto sexo, no de uniones homosexuales. La trascendencia social de uno y otro fenómeno es, como resulta evidente, muy distinta, y el interés de la sociedad en uno u otro tipo de uniones es también diferente. (Tribunal Constitucional, Exp. N.O.01739-2018-PA/TC)

- El magistrado Mirada Canales fue de la posición que “al existir una vía judicial igualmente satisfactoria para cuestionar resoluciones administrativas que son objeto de la presente demanda [emitidas por RENIEC], la misma deberá ser declarada improcedente” (fundamento 3).
- Por su parte, el magistrado Blume Fortini afirma que “no hay referencia alguna en la Constitución ni en la CADH al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo ni habilitación alguna al respecto” (fundamento 6) y además la Opinión Consultiva OC-24/17 tampoco es vinculante, “como opinión no obliga a los Estados, sino sería una decisión mandatoria y coercitiva” (fundamento 9).
- Según el magistrado Sardón de Taboada “la pretensión de la demanda cae fuera del ámbito de reconocimiento del Derecho peruano”, porque colisiona

con la noción de matrimonio contenida no solo en el Código Civil sino también en la Constitución Política del Perú. Y, con relación a la citada opinión consultiva resaltó que “constituyó un exceso evidente de los seis jueces que la suscribieron. [...] El Perú no tiene, pues, por qué sentirse obligado por una opinión consultiva que jamás solicitó”.

La postura en mayoría, a nuestro juicio, difiere de un entendimiento cultural del texto constitucional. Por el contrario, asume una interpretación literal de las disposiciones legales y constitucionales para denegar el reconocimiento del acto matrimonial celebrado en el extranjero a una familia homoparental, bajo algunos argumentos falaces en lo fáctico y lo procesal. Así, por ejemplo, no es cierto que el matrimonio heterosexual asegure necesariamente la continuidad de la prole, porque es un hecho visible que, en no pocas ocasiones, uno de los consortes carece de condiciones para procrear o simplemente dicha decisión no forma parte de su proyecto de vida conyugal.

Asimismo, invierten el principio de supremacía constitucional porque, a partir de lo que señala (o no señala) el Código Civil, pretenden dar contenido a la Constitución; en lugar de acudir a los principios y valores inherentes a nuestra Norma Fundamental para interpretar seguidamente a las normas legales del código.

En rigor, el rechazo a la unión matrimonial entre personas homosexuales invisibiliza una realidad que cada vez es más

notoria en todas las sociedades, como la peruana, pues ciudadanos/as del mismo sexo que desean celebrar nupcias no tienen reconocimiento jurídico en el Estado y, por ello, sus uniones de facto no les permite ejercer los derechos que emergen como consecuencia de un matrimonio. En su lugar, reciben un trato discriminatorio, negándoles la opción de casarse por razones basadas en su género.

No se puede, entonces, hacer una lectura aislada de los preceptos de la Constitución referidos a la familia y al instituto del matrimonio sin considerar el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación ni mucho menos el tiempo en el que han ido cambiando las sociedades. Tal como sostiene la Defensoría del Pueblo (2019), países como "Argentina, Brasil, Uruguay, Colombia, Ecuador, México, Estados Unidos, Canadá, Países Bajos, Bélgica, España, Noruega, Suecia, Portugal, Dinamarca, Francia y Nueva Zelanda reconoce el matrimonio entre parejas del mismo sexo" (pp. 10 - 11). Y más recientemente en esta región del continente puede ~~pedría~~ incluirse a Costa Rica, Chile y Cuba.

Y es que el artículo 234 del Código Civil, que regula al matrimonio, tuvo como referente a la Constitución de 1979, texto que no vislumbró ni por asomo la situación de las parejas homoafectivas que aspiraban a contraer matrimonio. Inclusive, en este extremo, la actual Constitución parece

también haberse quedado en el tiempo, porque regula con similar tenor dicho instituto. He ahí la necesidad de concretizar las disposiciones constitucionales con esta situación real y tangible.

Si bien esta interpretación evolutiva y cultural de los derechos fundamentales no ha sido amparada por el TC, sí la han acogido jueces constitucionales del Poder Judicial. Curiosamente los 3 juzgados constitucionales que han podido conocer casos similares en el país decidieron darles la razón a los demandantes, bajo la convicción de que la Constitución debe adaptarse a los cambios y reivindicaciones que exigen las minorías en un Estado Constitucional democrático, plural y tolerante⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017) también ha adoptado una posición similar al sostener que:

los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. (p. 88)

El cual a pesar de tratarse una opinión consultiva no se le puede restar su valor jurídico en el marco de la interpretación de los derechos fundamentales.

⁵ Para mayor amplitud se sugiere revisar el Informe de Adjuntía 001-2019-DP/AAC-ADHPD: Protección constitucional y convencional del matrimonio

celebrado por personas del mismo sexo en el extranjero. Especialmente el cuadro comparativo de las páginas 11 y 12.

Finalmente, si bien se critican los linderos (límites) por los que una interpretación basada en la cultura debería tener, dada alguna subjetividad y/o discrecionalidad en el intérprete (LUCAS, 1999, pp. 67 - 70) (MARTÍNEZ, 2016, p. 135), estimamos que en esta controversia existen experiencias comparadas y decisiones interpretativas en el sistema interamericano de protección de derechos humanos que dan cuenta sobre los contenidos del derecho a la igualdad y no discriminación para la población LGTBI, razón por la cual se ha convertido en una realidad humana que debe ser evaluada a la luz de los principios y valores que irradian de nuestra Constitución.

2. Caso: Prohibición de las corridas de toros y de las peleas de toros y de gallos (Tribunal Constitucional, Exp. N.O. 00022-2018-PI/TC)

Se interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, por excluir de dicha protección a las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente. En otras palabras, la ley planteaba mantener esas prácticas asociadas con el maltrato animal por considerarlas culturales.

Como la votación no llegó a 5 votos conformes para declarar su inconstitucionalidad, porque fue 4 a favor y

3 en contra de la demanda, la disposición cuestionada se mantuvo y aún mantiene vigencia hasta nuestros días. Algunos argumentos más relevantes son mencionados a continuación:

- El magistrado Ferrero Costa afirmó en su voto que la tauromaquia, la gallística y las peleas de toros son espectáculos culturales que forman parte de nuestra tradición. Asimismo, afirma que el Comité de Derechos del Niño recomendó al Estado “garantizar la protección de los niños espectadores de las corridas de toros. No recomienda restringir, ni mucho menos prohibir” (p. 3). También sostiene que no cabe hablar de dignidad animal, porque “la Constitución es clarísima, en sus artículos 1 y 3, respecto a que la dignidad es propia del ser humano” (p. 4). Por último, agrega que no le corresponde al tribunal declarar qué espectáculos son culturales o no, porque “no es un órgano especializado para pronunciarse sobre qué es cultural o no” (p. 4).
- El magistrado Miranda Canales opinó que no “existe un deber constitucional de protección hacia los animales que deriva de su condición de seres vivos sintientes” (fundamento 5), porque la Constitución no lo ha reconocido en ninguno de sus artículos. Adicionalmente, mencionó que “en el Perú existe un enfoque antropocéntrico de la protección del medio ambiente y de los animales. Esto es, son valiosos y merecedores de protección porque permiten el desarrollo del ser humano y no por su condición de seres sintientes” (fundamento 8). Finalmente, resaltó que no “son sujetos

de derechos, y si bien existe una Ley de protección y bienestar animal, los espectáculos culturales con animales, siempre que acrediten dicha condición, constituyen excepciones razonables a régimen general de protección animal” (fundamento 24.a)

- El juez Sardón de Taboada expuso en su voto que “las corridas de toros y las peleas de gallos son actividades que se repiten en el tiempo, siendo transmitidas de generación en generación. Así, forman parte de la identidad de los pueblos, y deben ser respetadas” (p. 1) y, por consiguiente, “no se pueden utilizar los procesos constitucionales para pretender imponer un cambio cultural de este tipo. En la perspectiva constitucional este cambio debe darse como fruto espontáneo de la interacción social” (p. 1).

La discusión de fondo que plantea esta controversia sobre el carácter cultural de la tauromaquia es una muestra de cuán polémico puede resultar la valoración de la cultura en tiempos y sociedades tan volátiles. Inclusive para el mismo TC este tema no es para nada pacífico y tampoco ha logrado zanjarlo a lo largo de su jurisprudencia.

En un primer momento, mediante sentencia recaída en el Expediente 00042-2004-AI/TC, el Supremo Intérprete de la Constitución sostuvo que los espectáculos taurinos en los que el toro es “asesinado” no constituyen manifestaciones culturales y ni el Estado tiene el deber de promoverlos, pues el maltrato cruel y posterior muerte del

animal atenta contra el derecho fundamental a la tranquilidad y al bienestar de las personas (fundamento 29). Sin embargo, años más tarde, en la sentencia del Expediente 00017-2010-AI/TC, dicho colegiado rectificó su postura y concluyó que los espectáculos taurinos sí eran culturales, aunque ello no avale el sufrimiento innecesario (fundamentos 31 a 33). Y hoy, como se ha podido apreciar, varios jueces de esta alta corte difieren sobre el carácter cultural de la actividad.

Pero más allá de ese inacabado debate, hay algunas notas que desde el constitucionalismo cultural merecen una atención especial, pues es un hecho que, para varios jueces constitucionales, los animales no tienen amparo en el texto constitucional. No obstante, consideramos que los silencios de la Constitución en modo alguno pueden significar que cierta parcela de la realidad carezca de todo asidero constitucional. Es aquí donde corresponde dar una interpretación a las normas constitucionales para mutar un significado acorde a nuestro tiempo.

Los animales, entonces, tienen un alcance constitucional a partir del artículo 2.22 que reconoce el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, el artículo 68 que promueve la conservación de la diversidad biológica, y los artículos 2.16 y 70 que regulan el derecho de propiedad, pero en su función ecológica. Y ello concretiza deberes constitucionales del Estado para preservar, cuidar y garantizar a la especie animal. Con esta premisa, se desterraría todo acto de tortura o trato cruel que

pretenda someterlos, bajo aparentes prácticas de entretenimiento o, cuando menos, buscar bajo la observancia del principio de eficacia integradora para compaginar el empleo de los animales en las manifestaciones culturales.

En esa línea, somos de la idea que corresponde dejar atrás la concepción arraigada de un Derecho antropocentrista que trata a los animales como cosas del hombre (enfoque civilista) para vislumbrar un sentido más bien biocentrista del Derecho, en donde los animales sean tratados como seres sintientes y pasibles de recibir algún nivel de protección jurídica (enfoque constitucional)⁶.

Dicha afirmación no es una percepción subjetiva, como algunos consideran, sino basada en los avances científicos que dan cuenta de cierta individualidad (sentimientos, emociones, etc.) similar a la humana (Loyola, 2021, pp. 123-129), lo que no descarta que en un nuevo proceso de reflexión interpretativa pueda llegarse a hablar de animales y la naturaleza misma como sujetos de derechos, tal y como viene acaeciendo en Ecuador, Colombia, Argentina, India, Nueva Zelanda, entre otros.

En última instancia, creemos que las corrientes basadas en la defensa irrestricta de estas prácticas, basadas también en la cultura, como expresión de la identidad de

los pueblos, deberán ponderarse, es decir, tomar un punto medio en el que el proceso cultural no justifique la tortura, sino más bien, haga compatible la protección de condiciones indispensables para la vida de los animales no humanos y las tradiciones o manifestaciones costumbristas.

3. Caso: El derecho a morir en condiciones dignas (Tribunal Constitucional, Exp. N.O. 00573-2020-0-1801-JR-DC-11)

La Defensoría del Pueblo presentó una demanda de amparo, a favor de Ana Estrada Ugarte, contra el Seguro Social de Salud (EsSalud), Ministerio de Salud (MINSA) y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH) para que se aplique control difuso al artículo 112 del Código Penal que tipifica el homicidio piadoso y, como consecuencia de ello, se le reconozca su derecho a morir dignamente (eutanasia) en el momento que ella decida. La favorecida fue diagnosticada con polimiositis, una enfermedad incurable, degenerativa y progresiva, razón por la cual quería ponerle fin a una vida llena de dolor y que no podía ser vivida.

A diferencia de los casos anteriores, este fue resuelto en instancias del Poder Judicial, cuyo juez designado para tramitar la causa dictó una sentencia estimatoria con argumentos que conviene resaltar:

⁶ Idea similar puede apreciarse también en el fundamento Vigésimo cuarto de la sentencia contenida en el Expediente 04921-2021-0-1801-JR-DC-03, emitida con fecha 28 de junio de 2024 por el Tercer Juzgado Especializado en lo

Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, Perú. El caso versó sobre una demanda de amparo interpuesta a favor de un zorro llamado "Run Run" por encontrarse en cautiverio en el Parque de las Leyendas.

▪ El concepto de dignidad ha evolucionado en el tiempo, por lo que se considera “fundamento de la libertad de elegir entre varias alternativas sobre su propia vida y decisiones, lo que podemos conocer como expresión de voluntad, ello implica la capacidad de razonar” (fundamento 91). Así:

existe el derecho a una vida digna, que tiene como base a la libertad y autonomía; empero, la misma validez de este concepto, implica que exista el derecho a proyectar su vida y en ese proyecto pensar en su final, lo que la demandante considera; una muerte digna. (fundamento 105)

▪ Una interpretación de los artículos 1 y 2 de la Constitución permite colegir que, “por encima de la vida biológica, lo que el Estado protege y promueve es la dignidad de la persona, su libertad, siendo su integridad física (la vida biológica), un aspecto de los derechos de la persona humana” (fundamento 150).

▪ Aplicando el test de proporcionalidad, se tiene que el delito de homicidio piadoso constituye una medida inidónea, porque su “[sanción sacrifica] otros bienes jurídicos (dignidad, autonomía), para proteger el bien jurídico vida, frente a la solicitud de su titular que se encuentra en una situación de salud extrema y dolosa” (fundamento 169). Además, es innecesaria, ya que hay otras alternativas menos gravosas para proteger la vida de la persona contra su voluntad, como “un buen sistema de soporte médico de tratamiento paliativo del dolor” o “se sancione el hecho ocurrido fuera del

servicio de sanidad” (fundamento 173). Finalmente, no es proporcional en sentido estricto, dado que la “dignidad es un derecho que no debería tener límites aceptables en el Derecho” (fundamento 179).

La sentencia que se dictó en este caso fue emblemática e histórica para el país, por cuanto era la primera vez que se discutía a nivel judicial si cabía o no la aplicación de la eutanasia en el ordenamiento jurídico peruano. Aquí vemos que, la interpretación que realiza el juez se encuentra inspirada en algunos apuntes del constitucionalismo cultural al identificar el contenido de las normas de derecho fundamental para brindar un entendimiento adecuado al tipo penal del homicidio piadoso.

El magistrado asume que la dignidad ya no puede ser solamente definida a través del postulado kantiano, que exige tratar al ser humano como fin en sí mismo y jamás como objeto, sino más bien asociada a la autonomía inherente de la persona para vivir con plena libertad para razonar, elegir, decidir, expresar, etc., lo que le permitiría también determinar cómo ha de concluir su existencia, si considera que las condiciones que le rodean le resultan indignas.

De ahí que, el derecho a la vida deja de ser un concepto meramente biológico formal (derecho a existir) para convertirse en uno de valor sustantivo, que le permita contar con condiciones mínimas para desarrollar su existencia (derecho a vivir). Entonces, la muerte, como el epílogo del camino de la vida, también se halla

premunida de dignidad y configura lo que en el ámbito jurídico constitucional sería el derecho a tener una vida digna.

Bajo ese razonamiento se construye la argumentación de la sentencia y logra que mediante el test de proporcionalidad se declare la inconstitucionalidad (inaplicación) del delito de homicidio piadoso. En efecto, para el juez, una colisión entre vida biológica y vida digna termina por sacrificar al primero frente al segundo en el caso concreto, porque la pena de cárcel desconoce que existe un nuevo contenido en el concepto vida y omite que existen otras alternativas para preservarla.

Como correlato de la anterior, se muestra también una posición interesante para la aplicación constitucional del referido delito, pues bajo una mirada de los principios de concordancia práctica y eficacia integradora se podrá concluir que la eutanasia será válida si, y solo si, lo practica y supervisa el Estado; fuera de él será castigado penal y administrativamente⁷.

Finalmente, entendemos que las corrientes que defienden la vida, como derecho indisponible para el Estado y los particulares, son válidas y necesarias para nuestro Estado Constitucional. No obstante, al igual que sucede con otros derechos, puede estar sujeta a restricciones en su

ejercicio, en casos estrictamente excepcionales. Esto no lo hace incoherente ni diluye su importancia, sino más bien, respeta la dignidad e individualidad del sujeto, quien tiene derecho a vivir en libertad y en circunstancias que le permita vivir sin sufrimiento.

Y los jueces —con mayor razón los constitucionales—no pueden ser meros espectadores del Derecho. Ante la falta de una previsión normativa en el ordenamiento interno, como el caso del derecho a una muerte digna, deben ser los primeros llamados a llenar de contenido a las normas constitucionales para proteger la dignidad humana. Con ello no se trastoca el principio de corrección funcional, sino más bien, se parte de ratificar el conocido principio *iura novit curia*, en donde el juez conoce el Derecho y debe aplicarlo en caso de vacío o deficiencia.

4. Caso: La maternidad subrogada (Tribunal Constitucional, Exp. N.O. 00882-2023-PA/TC)

El señor Ricardo Morán Vargas interpuso una demanda de amparo contra el RENIEC por negar la inscripción administrativa del nacimiento de sus menores hijos E.M. y C.M., solamente con sus apellidos, bajo el argumento de que el ordenamiento jurídico peruano no regula el

⁷ El auto aclaratorio, contenido en la Resolución 7, de fecha 8 de marzo de 2021, estipuló que: «En cuanto al Estado como demandado y como sujeto de obligaciones jurídicas, incluido el derecho a la muerte digna, se precisa que en la sentencia, lo entiende en tanto se dispone la inaplicación de una norma penal y que se ordena al Ministerio de Salud, en tanto ente rector de la Salud en el plano

nacional y, se ordena a EsSalud, en tanto es la institución a la que está afiliada; significando que, de haber estado afiliada a una institución privada, como EPS o seguro privado, la orden habría sido hecha a esa institución, en tanto cumpla con las características de institucionalidad y actúe bajo el control de legalidad». (fundamento 5).

registro cuando los hijos provienen del procedimiento de maternidad subrogada realizado en el extranjero.

Además, para la entidad pública demandada, de la aplicación conjunta de los artículos 20 y 21 del Código Civil, si el padre no revela la identidad de la madre no podrá inscribir a su hijo con sus apellidos.

Al resolver el caso, el TC declaró fundada la demanda y ordenó al RENIEC que proceda a la inmediata inscripción de los hijos del amparista y les reconozca su identidad peruana. Por otro lado, exhortó al Congreso de la República para que, mediante ley, equipare el derecho de un padre a inscribir a sus hijos con sus apellidos, sin develar el nombre de la madre.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos de la sentencia se pueden resaltar los siguientes:

- Se señala que “Conforme a lo expuesto en el artículo 52 de la Constitución, es claro que el derecho a la nacionalidad peruana de los nacidos en el exterior, de padre o madre peruanos, se constituye como un derecho fundamental de aplicación directa” (fundamento 21).
- La norma dirigida solo para el padre que prohíbe inscribir a sus hijos con sus apellidos, si no declara el apellido de la madre constituye una medida desproporcionada, por ser innecesaria, y a la vez discriminatoria. En efecto, el TC sostiene que, si el objetivo es garantizar la identidad del menor de edad, debería permitirse a ambos padres inscribir a sus hijos con sus

propios apellidos, aunque estos no declaren el apellido del otro (fundamentos 22 - 44).

- Al amparo del artículo 52 de la Constitución y el principio de interés superior del niño corresponde que RENIEC inscriba a los menores de edad, reconociendo su derecho a la nacionalidad, identidad y todos los demás derechos que emergen como consecuencia de ser peruano (fundamentos 54 - 55).

“Para el magistrado Gutiérrez Ticse, la demanda debió ser desestimada. Al sustentar su posición manifestó que según la Ley General de Salud “la maternidad subrogada definitivamente implica que la madre genética sea una persona distinta a la gestante, por lo cual es fácil colegir que este tipo de supuesto se encuentra abiertamente prohibido dentro del ordenamiento jurídico peruano” (fundamento 7). Asimismo, manifestó que “los contratos de subrogación materna son nulos por ser contrarios a la moral y las buenas costumbres” (fundamento 9).

- Un último aspecto relevante de este voto es que, invoca a la Constitución como expresión de la cultura, para concluir que la maternidad subrogada contraviene el mandato constitucional de protección de la familia, ya que no está prevista en nuestro ordenamiento (fundamentos 13 - 24). (Tribunal Constitucional. EXP. N.º 00882-2023-PA/TC)

En este caso, a pesar de que el Pleno del TC consideró que para resolver la controversia no era necesario pronunciarse por la forma cómo nacieron los menores de edad, podemos convenir en que la sentencia cumplió su propósito. Y es que,

independientemente del procedimiento que se usó para traerlos al mundo, lo cierto es que todo recién nacido tiene derecho a una nacionalidad e identidad, y el artículo 52 de la Constitución es claro al señalar que los nacidos en territorio nacional o en el extranjero de padre peruano son igualmente peruanos.

No obstante, se dejó pasar la oportunidad para desarrollar el problema de la infertilidad y el uso de técnicas de reproducción asistida, en tanto realidad cada vez más notoria en estos tiempos y que impacta en los derechos fundamentales a la vida, integridad, nacionalidad, identidad, nombre, salud, seguridad social, etc. de muchos recién nacidos.

En efecto, nuestra Constitución debe ser un libro abierto para plasmar interpretaciones de sus normas que vayan acorde a la realidad actual, optimizando en todo momento el ejercicio de los derechos fundamentales y la realización de los proyectos de vida de las personas. Así, concretamente en el caso, estimamos que pudo abordarse esta situación por la que atraviesan muchas personas que buscan asumir una paternidad o maternidad responsable y, ende, formar una familia.

El concepto de familia, como bien ha manifestado el TC en el caso Shols Pérez, actualmente ya no puede ser asociada con el entorno nuclear, porque

al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales

como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. (Tribunal Constitucional, Exp. N.O. 09332-2006-AA/TC, fd. 7)

Por eso, no compartimos el voto singular que se hiciera en la sentencia, pues un enfoque cultural de la Constitución no sanciona como inmoral o lesivo a las buenas costumbres aquellos actos que no se encuentran regulados en el ordenamiento, sino que busca acercar en la medida de lo posible a la Constitución real con la formal, es decir, brindar una interpretación de las disposiciones constitucionales que responda a un espacio de la realidad no reglado para expandir el contenido de los derechos o principios constitucionales.

En ese sentido, se considera que bajo el concepto de lo cultural se esconden intenciones para legislar o regular aquello contrario a las mayorías. Sin embargo, precisamente una mirada cultural de la Constitución invita a integrar a todas las personas —incluyendo a las minorías—, a no invisibilizar situaciones fácticas que

signifiquen una postergación de sus derechos o colocarlos al margen de la legalidad y el Derecho.

La familia es un vocablo en permanente actualización por las prácticas sociales y necesidades humanas, genera consenso y unidad por su propia esencia natural en la aparición de las sociedades; no segrega ni excluye a las personas cuando la naturaleza les ha negado la posibilidad de concebir o traer al mundo a sus hijos/as.

VI. Conclusión

La Constitución no es solo un cuerpo normativo con disposiciones jurídicas que regulan la vida en sociedad y la organización del Estado, sino una forma de cómo construir un modelo de sociedad, dinámico y heterogéneo. Por eso sus normas son abiertas y no pueden ser leídas sobre la literalidad de sus enunciados ni lo que estrictamente estipulan las leyes; antes bien, deben ser interpretadas en función al tiempo, los cambios, los contextos, las generaciones, las necesidades, los paradigmas, entre otros aspectos extrajurídicos.

Como apunta Smend, es un elemento de cohesión político-social y, en ese marco, sus intérpretes tienen el especial encargo de integrar las relaciones del Estado y la sociedad para construir un proyecto de comunidad democrático, tolerante y participativo de las mayorías y minorías, sin excepción.

En esa línea se enmarca el cariz cultural de una Constitución, porque permite entender que la norma más importante del Estado no se encuentra atada al momento histórico de su origen, pues se va actualizando conforme avanza también la humanidad. Y dentro de este grupo contamos con grandes aportes de renombrados juristas alemanes, como Rudolf Smend, Konrad Hesse y Peter Häberle, a quienes les debemos el significado de una Constitución como ciencia cultural.

Sin embargo, a pesar de la trascendencia, su pensamiento no ha sido difundido ampliamente en el Perú, por lo que desde este opúsculo hemos pretendido aproximarnos a algunas contribuciones de los *iusculturalistas* en nuestra literatura constitucional, las que —como se ha podido apreciar— no han sido pocas.

Desde luego, la tarea todavía sigue pendiente en el ámbito de los tribunales de justicia, ya que la jurisprudencia constitucional se ha mantenido esquiva en ciertos temas relevantes que se insertan en el desarrollo de las sociedades contemporáneas, empleando argumentos formales y procesales para desconocer ciertos ámbitos de realidad vinculadas con la tutela de bienes constitucionales o derechos fundamentales.

Aún quedará en el tintero determinar si, corresponde a los tribunales de justicia o, en todo caso, a los órganos legislativos, como depositarios de la voluntad popular, discutir y pronunciarse sobre temas tan

complejos y sensibles para la ciudadanía. No obstante, en Estados donde los Parlamentos actúan de forma disfuncional a las necesidades del ser humano y se hallan deslegitimadas frente a la sociedad, vemos a la justicia constitucional con la responsabilidad de analizar el comportamiento de los grupos sociales y decidir los alcances y límites de los derechos, bienes y principios de orden constitucional.

Sirva, entonces, el análisis de los casos expuestos en el presente artículo para desprender los retos que la jurisdiccional constitucional debe afrontar ante controversias complejas, pues será necesario replantear el concepto formal de Constitución para dar mayor apertura a los cambios sociales y entender que la cultura, como expresión del tiempo y espacio, es un elemento esencial para la lectura de los derechos fundamentales en el momento actual que vivimos. O si, por el contrario, esta labor, debe ser reservada para los órganos legislativos, quienes ostentar representatividad (aunque no necesariamente legitimidad) de la sociedad.

VII. Bibliografía

Brage Camazano, J. (2009). La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Porrúa e Instituto Iberoamericano

de Derecho Procesal Constitucional, 11(11), 95-124.

Brage, J. & Smend, R. (2005). *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán* (84). Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de noviembre de 2017). Opinión Consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Defensoría del Pueblo (2019). *Informe de Adjuntía 001-2019-DP/AAC-ADHPD: Protección constitucional y convencional del matrimonio celebrado por personas del mismo sexo en el extranjero*. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/10/Informe-de-Adjunt%C3%ADa-001-2019-AAC-ADHPD.pdf>

Dilthey, W. (1949). *Introducción a las ciencias del espíritu*. Fondo de Cultura Económica. https://posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Textos_2019-1/2019-1_Dilthey_IntroduccionCienciasEspiritu.pdf

Eto, G. (2013). *Constitución y Procesos Constitucionales*. Editorial ADRUS D & L editores S.A.C.

- EXP. N.º 00017-2010-AI/TC (2011). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00017-2010-AI.html>
- EXP. N.º 00022-2018-PI/TC (2020). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00022-2018-AI.pdf>
- EXP. N.º 00042-2004-AI/TC (2005). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.pdf>
- EXP. N.º 0006-2019-CC/TC (2020). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00006-2019-CC.pdf>
- EXP. N.º 0014-2002-AI/TC (2002). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>
- EXP. N.º 00573-2020-0-1801-JR-DC-11 (2021). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/02/Expediente-00573-2020-LP.pdf>
- EXP. N.º 00882-2023-PA/TC (2023). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00882-2023-AA.pdf>
- EXP. N.º 01739-2018-PA/TC (2020). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01739-2018-AA.pdf>
- EXP. N.º 05854-2005-AA/TC (2005). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>
- EXP. N.º 09332-2006-AA/TC (2007). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf>
- EXP. N.º 4719-2007-PHC/TC (2007). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04719-2007-HC.pdf>
- García Belaúnde, D. (1998). Los gigantes de Weimar. A propósito de una visita a Peter Häberle. *Revista Ius et Veritas*. Lima, 17(17), 310-313. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15814>
- Häberle, P. (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tecnos. <https://revista.asambleamadrid.es/index.php/rvam/article/view/737>
- Häberle, P. (2003). *El Estado Constitucional*. Fondo Editorial PUCP y Universidad Nacional Autónoma de México. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/181590?show=full>
- Häberle, P. (2004). *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Editorial Palestra editores y Asociación Peruana de Derecho Constitucional.
- Häberle, P. (2017). *Tiempo y Constitución*. Ámbito público y jurisdicción constitucional. Editorial Palestra editores.
- Hesse, K. (1995). *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Editorial Civitas.
- Hesse, K. (1998). Etapas del Desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana. *En: Revista Pensamiento Constitucional*. 5(5), 21-45. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3239/3076>
- Hesse, K. (2012). *Escritos de Derecho Constitucional*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Hesse, K. y Häberle, P. (2011). *Estudios sobre la jurisdicción constitucional. Con especial Referencia al Tribunal Constitucional Alemán*. Editorial Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional,
- Hsü, D. (1932). *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Christian Förster.
- Landa Arroyo, C. (1998). La jurisdicción constitucional en Alemania: Reflexiones del professor Konrad Hesse ex magistrado constitucional [Entrevista]. *Pensamiento Constitucional*, 5(5), 209-225. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3248>
- Loyola, N. (2021). *Los animales me importan: una aproximación del constitucionalismo de la naturaleza al contexto peruano*. 119-146.
- Lucas, P. (1999). Idea, concepto y definición de apertura constitucional. *Pensamiento Constitucional*, 6(6), 61 – 73. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3206>
- Martínez, R. (2016). Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Pueblo, México*. X(37), pp. 129 – 154. <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v10n37/1870-2147-rius-10-37-00129.pdf>
- Smend, R. (1985). *Constitución y Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Smend, R. (2005). *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Stern, K. (2004). Los valores en el Derecho Constitucional alemán. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 8(8), 557- 576. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/1506aib008557.pdf>