

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**  
**Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas**



**TESIS**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO**

**LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO SUPREMO 168-2021-PCM.**

**POR**

**Bach. Martin Anderson Llican Chuquimango**  
**Bach. Cintia Roxana Pérez Calla**

**ASESOR**

**Mg. Gary Eduardo Cáceres Centurión**

**Cajamarca – Perú**

**Febrero – 2022**

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas**



**TESIS  
PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO**

**LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO SUPREMO 168-2021-PCM.**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el  
Título Profesional de Abogado**

**POR**

**Martin Anderson Llican Chuquimango  
Cintia Roxana Pérez Calla**

**ASESOR**

**Mg. Gary Eduardo Cáceres Centurión**

**Cajamarca – Perú**

**Febrero – 2022**

**COPYRIGHT © 2022 (BY:)**  
**Martin Anderson Llican Chuquimango**  
**Cintia Roxana Pérez Calla**  
**Todos los derechos reservados**

***UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO***  
***FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS***  
***CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS***

**APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL**

**LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO SUPREMO 168-2021-PCM.**

**Presidente** : Dr. Christian Fernando Tantaleán Odar.  
**Secretario** : Mg. Manuel Sánchez Zorrilla.  
**Asesor** : Mg. Gary Eduardo Cáceres Centurió

**D:**

A Dios por darnos la vida, salud y sabiduría a lo largo de nuestros estudios, también a mis padres y hermanos que sin ellos no se hubiera logrado una meta en nuestras vidas profesionales, gracias por estar en nuestro lado, por ese apoyo moral y entusiasmo que nos brindaron día a día para seguir adelante en nuestros propósitos, seguidamente a mis maestros por el tiempo y esfuerzo que dedicaron a compartir sus conocimientos, sin su instrucción profesional no habríamos llegado a este nivel. Quienes brindaron dedicación al impartir su cátedra de tal forma que lo aprendido sea utilizado en lo real, por el apoyo brindado, GRACIAS

## **AGRADECIMIENTOS:**

- Primeramente, agradecemos a Dios por permitirnos tener una buena experiencia dentro de la universidad, a nuestros formadores, personas de gran sabiduría quienes se han esforzado para llegar hasta el punto en donde nos encontramos. Seguidamente a mis tutores por su ayuda, paciencia y dedicación en este proyecto.
- Sencillo no ha sido el proceso, pero gracias a las ganas de transmitirnos sus conocimientos y dedicación que los ha regido, hemos logrado importantes objetivos como culminar el desarrollo de nuestra tesis con éxito y obtener una afable titulación profesional.

## **RESUMEN**

La presente investigación tiene el título; La Inconstitucionalidad Del Decreto Supremo 168-2021-PCM, el objetivo de este trabajo; es determinar cuáles son los derechos vulnerados por el decreto supremo 168 - 2021 PCM.

La investigación gira en torno a un ámbito nacional con un valor importante por lo que la mayoría de ciudadanos no saben identificar sus derechos constitucionales así mismo, no tienen conocimiento cuando estos son vulnerados por emisiones de normas, leyes o decretos que los transgreden, por lo cual, esta investigación busca enfatizar cuán importante es la jerarquía constitucional sobre las normas, leyes o decretos que contengan en toda su estructura o en parte artículos que sean inconstitucionales y así de esa manera poder aportar conocimiento jurídicamente y social para la colectividad.

su finalidad de creación de este decreto en mención es para guiar una convivencia en el estado de emergencia sanitaria con la covid – 19, además nos habla de diversas limitaciones como son: la libertad de tránsito que implica que como ciudadanos hay horarios establecidos por el Ministerio de Salud que deben cumplirse, recalando que estas limitaciones no se aplican a las actividades de construcción, operación, conservación, mantenimiento y, en general, a toda actividad directa o indirectamente relacionada la Red Vial Nacional, Departamental o vecinal, quedando excluidas del Estado de Emergencia Nacional, ya sea que esas actividades sean desarrolladas directamente por entidades de cualquiera de esos niveles de gobierno y/o por terceros contratados por ellos, incluyendo, pero no limitándose, a concesionarios o contratistas.

Para este proyecto de investigación hemos tomado en cuenta un método de análisis sobre el decreto de investigación, además información de diversas fuentes en relación a nuestro tema de investigación, también, interpretar y, aplicar normas jurídicas, elaborar

conceptos para construir instituciones y un ordenamiento dinámico lo cual, contribuye a regular con el comportamiento humano y resolver conflictos, en los instrumentos se utilizó la observación de documentales y la investigación bibliográfica para recolectar información necesaria y poder lograr una buena fundamentación de la investigación.

**Palabras clave:** Inconstitucionalidad, Covid-19, Lege Data, Soberanía, Soslayaba, Tiranos.



## **ABSTRACT**

The present investigation has the title; The Unconstitutionality Of Supreme Decree 168-2022-PCM, the objective of this work; is to determine which rights are violated by Supreme Decree 168 - 2021 PCM.

The research revolves around a national scope with an important value, so the majority of citizens do not know how to identify their constitutional rights, they are not aware when they are violated by the issuance of regulations, laws or decrees that transgress them, so which, this research seeks to emphasize how important the constitutional hierarchy is on the norms, laws or decrees that contain in its entire structure or in part articles that are unconstitutional and thus be able to provide legal and social knowledge for the community.

Its purpose of creating this decree in question is to guide a coexistence in the state of health emergency with covid - 19, it also tells us about various limitations such as: the freedom of transit that implies that as citizens there are schedules established by the Ministry of Health that must be complied with, emphasizing that these limitations do not apply to construction, operation, conservation, maintenance activities and, in general, to any activity directly or indirectly related to the National, Departmental or neighborhood Road Network, being excluded from the State of National Emergency, whether those activities are carried out directly by entities of any of those levels of government and/or by third parties contracted by them, including, but not limited to, concessionaires or contractors.

For this research project we have taken into account a method of analysis on the research decree, as well as information from various sources in relation to our research topic, also, interpret and apply legal norms, elaborate concepts to build institutions and a dynamic order. which, contributes to regulate human behavior and resolve conflicts, in the instruments the observation of documentaries and bibliographical research was used to collect necessary information and to achieve a good foundation for the investigation.

**Keywords:** Unconstitutionality, Covid-19, Lege Data, Sovereignty, Bypassed, Tyrants.

## **TABLA DE CONTENIDOS**

<b>Dedicatoria</b>	IV
<b>Agradecimiento</b>	V
<b>Resumen</b>	VI
<b>Abstract</b>	VIII
<b>Índice</b>	X
<b>Tabla de contenidos</b>	XV
<b>Índice de tablas</b>	42
<b>INTRODUCCIÓN</b>	XVI
<b>CAPITULO I</b>	<b>1</b>
1.1. Planteamiento del Problema	1
1.1.1. Descripción de la Realidad Problemática	1
1.1.2. Definición del problema	3
1.1.3. Objetivos	3
1.1.4. Justificación e importancia	3
<b>CAPÍTULO 2</b>	<b>5</b>
<b>MARCO TEÓRICO</b>	<b>5</b>
2.1. Teorías que sustentan la investigación	5
2.1.1. La teoría de la Inconstitucionalidad de la Constitución de Otto Bachof	5
2.2. Antecedentes teóricos	6

2.2.1. La constitución como norma base del ordenamiento	7
2.2.2. El proceso de constitucionalismo	8
2.2.3. El constitucionalismo del siglo XIX: el contraste entre Europa y América (1814 - 1917)	9
2.2.4. Neoconstitucionalismo	11
2.2.5. Normas fundantes del Kelsen	13
2.2.6. Regla de reconocimiento de Hart	17
2.2.7. La constitución	21
2.2.8. Supremacía constitucional	23
2.2.8.1. Concepto.	23
2.2.8.2. Clases de supremacía	25
a. Supremacía material	25
b. Supremacía formal	26
2.2.9. Definición del principio de jerarquía normativa	26
2.2.10. El principio de jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico peruano	28
2.2.11. Esquema jerárquico de las normas	30
2.2.11.1. Primera categoría	30
2.2.11.2. Segunda categoría	31
2.2.11.3. Tercera Categoría	32
2.2.11.4. Cuarta categoría	33
2.2.11.5. Quinta categoría	35
2.3. Antecedentes de la investigación	36

2.4. Discusión de antecedentes de la investigación	39
2.5. Definición de términos básicos	40
2.6. Marco conceptual	41
2.6.1. Análisis de constitucionalidad del Decreto Supremo 168-2021-PCM	41
2.6.2. Cuestiones jurídicamente relevantes.	44
2.6.3. Competencia del presidente de la república para la emisión de decretos supremos	45
2.6.4. Alcances de la interpretación	49
2.6.5. La inconstitucionalidad Parcial del Decreto Supremo N° 168-2021-PCM	50
2.7. Identificación de los derechos vulnerados por el Decreto Supremo 168 2021-PCM	52
2.7.1. Concepto de derechos	52
2.7.2. Características de los derechos fundamentales	53
2.7.3. Clasificación de los derechos fundamentales	54
2.7.4. Derecho a la libertad	55
2.7.4.1. La libertad de tránsito	57
2.7.5. Derecho a la salud	58
2.7.5.1. Concepto de salud	58
2.7.5.2. Principios del derecho a la salud	58
2.7.6. Derecho a la igualdad	60
2.7.6.1. Igualdad como principio	60
2.7.6.2. La igualdad como derecho	63

2.7.6.3. Noción básica de igualdad en la aplicación de la ley	64
2.7.6.4. Derecho a la igualdad en la constitución política del estado peruano	66
2.7.6.5. La igualdad en la jurisprudencia nacional	67
2.8. Hipótesis de la investigación	69
<b>CAPÍTULO III</b>	<b>70</b>
<b>METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN</b>	<b>70</b>
3.1. Tipo de investigación	70
3.2. Diseño de investigación	70
3.3. Área de investigación	71
3.4. Dimensión temporal y espacial	71
3.5. Unidad de análisis, población y muestra	71
3.6. Métodos	71
3.7. Técnicas de investigación	72
3.7.1. Observación Documental	72
3.7.2. Investigación bibliográfica	72
3.8. Instrumentos	72
3.8.1. Ficha de Observación y Análisis Documental	72
3.9. Técnicas para el Procesamiento y Análisis de la información	72
3.10. Aspectos Éticos	72
3.11. Limitaciones de la Investigación	73
3.12. Operacionalización de Variables	73

<b>CAPÍTULO 4</b>	74
Derechos vulnerados por la inconstitucionalidad del decreto supremo 168-2021-PCM	74
4.1. Vulneración del derecho a la libertad de tránsito, derecho a la salud y derecho a la igualdad por la inconstitucionalidad del Decreto Supremo 168-2021-PCM	74
4.2. Proporcionalidad del Decreto Supremo 168-2021-PCM	80
4.3. Discusión de Resultados	86
<b>CONCLUSIONES</b>	88
<b>RECOMENDACIONES</b>	89
<b>LISTA DE REFERENCIAS</b>	90
<b>APENDICE</b>	94

## **INDICE DE TABLAS**

<b>Tabla 1</b> Artículo 8.- Nivel de Alerta por Provincia y limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas 8.1 Apruébese el Nivel de Alerta por Provincia	1
<b>Tabla 2</b> Número y tasa de notificaciones de reportes ESAVI por tipo de vacuna	76
<b>Tabla 3</b> Distribución de los reportes de ESAVI por grupo etario y sexo	77
<b>Tabla 4</b> Distribución de los ESAVI mayormente reportados de las vacunas contra la Covid -19	78

## **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo, se desarrolla en torno a una de las disposiciones de emergencia como es el decreto supremo 168-2021-PCM, que establece una restricción coercitiva en el sentido del uso del carnet de vacunación y que todo ciudadano mayor de 18 años tenga una dosis completa, esta condición en sentido normativo señala que es el único método para poder desplazarse dentro del ámbito nacional y gozar de los derechos, imponiendo un método de interpretación sistemático que obliga a cada ciudadano a cumplir con esta norma.

Cabe precisar que es claramente notable que el estado vulnera de manera irracional el derecho a la libertad, teniendo por obligación a todos los ciudadanos que se vacunen tomando una decisión propia o no, coaccionándolos de un modo tal que actualmente a las personas que han decidido no vacunarse se les viene negando y/o vulnerando derechos fundamentales, un claro ejemplo el ingreso a espacios públicos que son vistos a diario en todo el territorio peruano.

De otro lado, podemos recalcar que el trabajo de investigación tiene un buen valor académico, ya que la mayoría de personas en el ámbito nacional no tienen conocimiento de cuáles son sus derechos constitucionales y tampoco conocen cuando estos son vulnerados por emisiones de normas, leyes o decretos que los transgreden. Por lo que en esta investigación buscamos enfatizar la importancia de la jerarquía constitucional sobre las normas, leyes o decretos que contengan en toda estructura o en parte artículos que sean inconstitucionales y así de esa manera poder aportar conocimiento jurídico y social para la colectividad.



En línea con lo anterior, este trabajo tiene 3 objetivos, el principal es determinar cuáles son los derechos vulnerados por el decreto supremo 168-2021-PCM, como secundarios tenemos analizar la constitucionalidad del Decreto Supremo 168-2021-PCM e identificar cuáles son los derechos vulnerados por el decreto supremo 168-2021-PCM, específicamente en el territorio peruano.

La presente investigación consta de cuatro capítulos, el primer capítulo tenemos el planteamiento del problema que consta de la descripción, la definición, objetivos y la justificación e importancia de la investigación.

segundo capítulo es el marco teórico y está dividido en tres secciones, siendo que en la primera de ellas se realizan investigaciones previas que han abordado en el tema de la inconstitucionalidad del decreto supremo 168-2021-PCM. En la segunda sección del segundo capítulo se revisan los antecedentes teóricos de la inconstitucionalidad del decreto supremo 168-2021-PCM, donde se dan diversas nociones básicas sobre un estado constitucional, en la tercera sección se revisan los antecedentes de la investigación que ayudaran a comprender más claramente los conceptos e ideas expresadas a lo largo de la investigación.

Tercer capítulo se detalla la metodología empleada en la investigación, indicándose que se será una investigación de tipo Lege Data (tipo básico), las fuentes de información para poder validar las hipótesis y obtener las conclusiones respectivas se obtuvo información a través de fichas de observación documental y recojo de datos, asimismo se desarrollaron conceptos y comprensiones partiendo de las pautas de datos y no recogiendo datos para evaluar modelos, hipótesis o teorías preconcebidas.

Finalmente se desarrollan las conclusiones y recomendaciones de todo lo investigado.

# **CAPITULO I**

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.1.Planteamiento del problema de Investigación.**

#### **1.1.1. Descripción de la realidad problemática**

En la historia constitucional de todo Estado de derecho han existido disposiciones que consagran la supremacía de las normas constitucionales, en otras palabras, la superioridad de las normas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica de menor jerarquía o rango, desde su primera publicación en 1823, posteriormente se publicaron la constitución de 1826, 1828, 1834, en las cuales no contenían en su redacción jurídica norma que regulara el principio de jerarquía constitucional de la misma, por lo que posteriormente se hizo un cambio teniendo la constitución de 1839 y 1854, las que de una manera poco usual mantenían la supremacía de las normas virreinales sobre la constitución, no obstante el principio de supremacía constitucional tiene sus primeras apariciones desde la constitución de 1856, ya conteniendo una firmeza claramente notoria con las constituciones de 1860, 1920, 1933, 1979 y 1993, dada su modernidad de protección de los derechos fundamentales de la persona señalando que no existe ninguna norma que sea superior a la constitución, señalando que ninguna autoridad que exista dentro del estado puede ir en contra de la misma y que siempre deben velar por su cumplimiento (La ley, 2021).

Es de verse que desde cualquier aspecto normativo, social, nacional e internacional se vuelve incondicional la interpretación de la norma en su conjunto, teniendose presente que las normas que son implementadas en un

estado de derecho, deben ir acorde a lo establecido en la constitución política del estado, bajo los parametros contuticionales al momento de su creación.

Por lo cual toda ley, norma, decreto, ordenanza, etc., deben tener un fundamento de protección de la misma constitución, amparando cada uno de los derechos fundamentales del ser humano.

Se puede observar claramente que el estado vulnera de forma irracional el derecho a la libertad, ya que exige a todos los ciudadanos a que se vacunen siendo esta una decisión propia o no, coaccionandolos de un modo tal que actualmente a las personas que han decidido no vacunarse se les viene negando y/o vulnerando demas derechos fundamentales estos plasmados y vistos a diario en todo el territorio peruano (Editorial ED, 2021).

El derecho a la igualdad respecto a la no discriminacion se viene registrando con la prohibición del ingreso a espacios públicos de dichas personas que ha decidido no vacunarse, observándose claramente la discriminación a estos, perjudicándolos ya que no pueden ingresar incluso a realizar pagos de servicios básicos como son del agua y de la luz, de igual modo prohibiéndolos a viajar en buses interprovinciales ya que exigen en todo momento contar con el carnet de vacunación donde indique que han sido inoculados según reconmedaciones del estado (Editorial ED, 2021). YGYU

Se ha determinado que las vacunas propuestas no garantizán una efectividad al cien porciento, poniéndose en riezgo la vida de las personas ya sean con sus efectos secundarios e incluso con la mismas sustancias inoculadas en nuestros organismos, lo cual el estado con su exigencia al querer someter a toda la población a que se vacunen viene vulnerando el derecho a la

salud respecto a la protección de la vida humana no respetando las decisiones propias de los ciudadanos (Bottazzi, 2020).

### **1.1.2. Definición del problema de investigación.**

¿Cuáles son derechos fundamentales que vulnera el Decreto Supremo 168-2021-PCM?

### **1.1.3. Objetivos de la investigación.**

#### **1.1.3.1. Objetivo general.**

¿Determinar cuáles son los derechos vulnerados por el Decreto Supremo 168-2021-PCM?

#### **1.1.3.2. Objetivos Específicos.**

- Analizar la constitucionalidad del Decreto Supremo 168-2021-PCM.
- Identificar cuáles son los derechos vulnerados por el Decreto Supremo 168-2021-PCM

### **1.1.4. Justificación de la investigación.**

La investigación tiene un alto valor académico puesto que la mayoría de personas en el territorio nacional no saben cuáles son sus derechos constitucionales y tampoco tiene conocimiento cuando estos son vulnerados por emisiones de normas, leyes o decretos que los transgreden, por lo cual la investigación buscó enfatizar la importancia de la jerarquía constitucional sobre las normas, leyes o decretos que contengan en toda su estructura o en parte artículos que sean inconstitucionales y así poder aportar conocimiento jurídico y social para la colectividad.

Teniendo una trascendencia para la sociedad muy esencial ya que permitirá darse cuenta como el estado viene coaccionando de una u otra forma a la población para realizar lo que ha visto más conveniente para los mismos

sin respetar las decisiones propias de los ciudadanos. Beneficiando a la población en su totalidad con dicha investigación ya que permitirá darse cuenta el abuso que cometido por el estado y los derechos que se nos han vulnerado.

La investigación como propia nos ayudara a resolver las interrogantes de muchos ciudadanos que desconocen la normatividad de nuestro estado, lo cual les permitirá darse cuenta que derechos se les está vulnerando ya que el estado no respeta al ciudadano en sí y viene tomando decisiones que vulneran los derechos fundamentales de las personas. Lo cual a raíz de dicha investigación se podría empezar a exigir con el conocimiento compartido que se respeten dichos derechos vulnerados e incluso a buscar mas información del tema por ser de interés social lo cual se puede apreciar a diario en nuestra sociedad.

## CAPITULO II

### MARCO TEORICO.

#### 2.1. Antecedentes de la investigación.

##### 2.1.1. La teoría de la Inconstitucionalidad de la Constitución de Otto Bachof.

Las teorías doctrinarias que buscaban explicar los motivos de la perversión de la constitución de Weimar y posteriormente del apogeo del Nazismo, hablamos de la violación de derechos humanos que promovía dicho régimen, surgieron durante la mitad del siglo XX, en Alemania (Otto, 2010).

García Belaunde y Díaz Revorio señalan, las teorías destinatarias señalan:

*“...se acusó al texto de 1919 de un relativismo positivista acompañado de un cierto “indiferentismo axiológico”, que habría permitido el ascenso al poder del partido nacionalsocialista por la simple regla de la mayoría. Y la posterior modificación implícita, prácticamente continua, del propio texto constitucional, ignorando y pervirtiendo los valores fundamentales en él contenidos...” (2010).*

A consecuencia de esto, muchos doctrinarios alemanes buscaron que el nuevo derecho alemán esté vinculado con el nacimiento de una nueva Constitución es decir con la Ley Fundamental de Bonn y se viera inspirado en principios iusnaturalistas, por ser estos principios fundamentales, se tiene en cuenta que Otto Bachof, quien en 1951, mediante un discurso en su lección inaugural en la Universidad de Heidelberg crearía una nueva figura del derecho Constitucional moderno, teniendo como fundamento la existencia de normas Constitucionales Inconstitucionales. inspirándose en el Derecho Natural, no siempre se puede fundamentar en un derecho metapositivo, la posible existencia de una inconstitucionalidad de ciertas

normas. En otras palabras, existen inconstitucionalidades de las normas constitucionales, unas fundamentadas en el Derecho Natural y otras fundamentadas en incongruencias del derecho positivo. Podemos indicar a la vez que hablar de la inconstitucionalidad dentro de la Constitución es absurdo, no solo jurídico sino también lógico, toda vez que ser y no ser al mismo tiempo. Así mismo se puede señalar que han existido algunos autores que han señalado la posibilidad de inconstitucionalidades dentro de la Constitución, o en un aspecto más amplio, la Inconstitucionalidad de la Norma Fundamental. De lo cual se puede advertir la posible existencia de normas Constitucionales inconstitucionales y el posible remedio jurídico que se pueda utilizar para resolver dichas incongruencias normativas en nuestro ordenamiento. Partiendo de algunas ideas básicas del derecho constitucional que ayuda a construir los cimientos para desarrollar dicha teoría. (García y Díaz, 2010).

## **2.2. Antecedentes teóricos.**

Se introdujo en las esferas del Derecho, a finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX una doctrina que señalaba una nueva norma como la base de todo el ordenamiento jurídico. Denominando a dicha norma Constitución, estableciendo a través de ella el ordenamiento. Dando origen a un Estado denominado Estado de Derecho Constitucional, señalando a la Constitución como norma madre y a todas las posteriores leyes como subordinadas a esta. reconociendo los derechos y libertades individuales de todos los ciudadanos de una determinada nación y limitando los poderes e instituciones del Estado en mención. Podemos indicar que el Perú no es ajeno a este Estado, ya que el país se convirtió en un Estado de Derecho Constitucional desde su independencia en 1821; instalando en 1822 el Primer

Congreso Constituyente del Perú, estableciéndose un año después la primera Constitución del país desde su emancipación del Reino Español. El espíritu constitucionalista que señala a la Ley Magna como norma fundamental del Estado de Derecho, recién ha tomado importancia a partir del siglo XX, principalmente con la dación de las dos últimas constituciones, a pesar que el Perú ha contado con 12 Constituciones, 3 estatutos provisorios y una Carta Magna que debió regir durante la Confederación Peruana – boliviana (García, 2019).

### **2.2.1. La Constitución como norma base del ordenamiento.**

Se tiene en cuenta lo señalado por Chanamé Raúl & Otros cuando mencionan que “... La Constitución consiste en la organización fundamental del Estado siendo indiferente los instrumentos y el sentido político que la inspira. Teniendo en cuenta que todo estado tiene necesariamente alguna alineación y no puede dejar de tenerla, aunque no se tenga establecido una constitución escrita con tal denominación...” (2009), Así mismo Hakansson Nieto Carlos considera que “...La Constitución antes que todo es un pacto de límites al poder para asegurar una esfera de derechos y libertades al ciudadano...” (2012). De lo cual se ha establecido que la Constitución es la norma base del Estado, la cual señala la organización de este con el cual se garantiza los derechos de los ciudadanos y las facultades estatales, y así mismo que es la fuente de nacimiento del Estado mismo como tal. Históricamente los Estados en su mayoría son predecesores del fenómeno constitucional es decir no nacieron con una Constitución. de igual manera Estados como Inglaterra que no han tenido la necesidad de tener una Norma Fundamental escrita o unificada. En la actualidad, se evidencia la tendencia de los Estados a formarse o adaptar su forma en base a una norma superior que fundamente la organización institucional. la Carta Magna se



convertiría en creadora del Estado mismo, pero esto solo debe ser entendido cuando se hable de la organización institucional del Estado y no como creadora de los derechos humanos, el Estado y la Constitución no crean los derechos fundamentales, sino que simplemente los reconocen como señalan las diferentes doctrinas ius-naturalistas.

Según la Teoría Pura del Derecho de Kelsen el Estado necesita primordialmente de una Constitución en cuanto esta permite definirlo y contornearlo. Esto no significa que esta norma primaria desconozca la existencia de un derecho preestatal, es más: es labor de la Carta Magna, al reconocer los derechos humanos acepta que su función, con respecto a estos, es la de acatar un derecho pre-existente más que de crearlos; y por lo tanto en caso de no señalarlos en su cuerpo normativo no los podría desconocer.

Si bien la idea de la Constitución como norma base del ordenamiento es la más difundida y la que se está suscribiendo, no es compartida por ciertos sectores de la doctrina. De lo cual se puede resaltar los siguientes puntos: En primer lugar, la Carta Magna busca limitar al poder o mejor dicho al ejercicio de este sin embargo no es la única función o finalidad que persigue la Constitución; En segundo lugar es cierto que la historia del constitucionalismo e incluso la misma figura de la Carta Magna nacieron en Reino Unido y Norteamérica; pues históricamente esta ciencia ha sido desarrollada por diferentes países, teniendo incluso un gran impacto el desarrollo francés y alemán, sin los cuales no se podría ahora hablar de constitucionalismo.

### **2.2.2. El proceso de constitucionalismo.**

Mediante el proceso del constitucionalismo, se ha resaltado la importancia de la Carta Magna como norma fundamental.

A través de dicho proceso que ha tomado siglos, se pueden diferenciar etapas bien marcadas, interpretando de distintas formas a la norma suprema. Desde las grandes revoluciones que marcaron las tres principales fuentes originarias del constitucionalismo, movimientos independentistas e incluso las dos guerras mundiales son los principales factores históricos del proceso constitucionalista. Y como señala Linares Quintanilla:

*“... ninguno de estos acontecimientos debe ser tomado en abstracto y como hecho aislado, ya que son el resultado de un complejo de causales y, a su vez, motivan otros tantos e importantes efectos en la evolución institucional de los respectivos países, como también del mundo...” (1987).*

Se tiene que desde 1987, se ha venido tomando una idea de protección globalizada de la protección de la constitución de cada estado, con la finalidad de que los derechos humanos sean consagrados y protegidos de todo acto contrario a la Ley suprema de un estado.

### **2.2.3. El constitucionalismo del siglo XIX: el contraste entre Europa y América (1814-1917).**

Durante el proceso llamada la decimonónica se podría indicar que “...comienza en 1814 y termina en 1917 en plena Primera Guerra Mundial. Consolidándose y expandiéndose el Estado Constitucional en Europa y América, aunque dentro del viejo continente esta expansión quedase detenida en su parte oriental, bajo el yugo de los imperios ruso y otomano. Convirtiéndose la Constitución de los Estados Unidos a lo largo de este período en el más importante punto de referencia para los países Iberoamericanos el nuevo constitucionalismo post-revolucionario europeo, fruto en buena medida del acuerdo entre la aristocracia reformista y la alta burguesía, dio la espalda al constitucionalismo salido de la Revolución de 1789 y adoptó el que había triunfado en la Inglaterra de 1688...” (Varela 2018).

Tales eran las diferencias entre estas dos latitudes que autores como Carl Schmitt afirmarían que mientras el constitucionalismo norteamericano avanzaba en la aceptación del pueblo como principal actor de un Estado Constitucional; el constitucionalismo europeo retrocedería tratando de afianzarse a ideas medievales sobre el gobierno.

De igual manera Carl Schmitt explica el porqué de las renuencias de las monarquías de aceptar la soberanía del pueblo y de este Poder Constituyente indicando que: “La contradicción interna de tales intentos de Restauración monárquica consiste en lo siguiente: en primer término, los príncipes no podían pensar en renunciar a la unidad política del Estado a favor de representaciones de intereses estamentales. No podía llevar consecuentemente hasta su fin un concepto como Estamentos y la construcción disolvente de un pacto constitucional con esos Estamentos. Las representaciones estamentales no podían tener pues ninguna facultad de decisión. Pero si habían de significar algo para la Constitución, tenían que ser representantes políticos, Sin embargo los príncipes no podrían reconocer a esos Estamentos como representantes de todo el Pueblo políticamente unificado, porque entonces habrían reconocido al Pueblo como unidad política con capacidad de obrar, al mismo tiempo que renunciaban al principio monárquico, según el cual, sólo el príncipe es el representante de esa unidad política, reuniendo en su mano la plenitud del poder del Estado. un pacto constitucional cerrado con los estamentos y el principio monárquico resultaban inconciliables por completo Consecuencia del principio monárquico era que el rey, por virtud de la plenitud de su poder, emitía una Constitución, es decir adoptaba la decisión política fundamental en que la

Constitución consistía, por acto unilateral como sujeto del Poder Constituyente, pero sin soltar con ello este Poder Constituyente. La Constitución no era pues un pacto sino una Ley emitida por el rey. Todas las normaciones legal-constitucionales de este texto afectaban sólo a atribuciones limitadas en principio sólo a competencias mientras que la plenitud del poder del Estado ilimitada e ilimitable en principio inseparable de la unidad política, permanecía a pesar de la Constitución en manos del rey cuando no la renunciaba a favor del Parlamento. En las monarquías políticamente fuertes las Constituciones constitucionales surgieron sobre la base de ese principio monárquico” (2016), en la revolución de julio del año 1830 se decidió en Francia la cuestión política si era el Rey o el Pueblo el sujeto del Poder Constituyente. Introduciéndose La doctrina democrática del Poder constituyente del Pueblo, Los representantes del Estado liberal de Derecho intentaron eludir la alternativa o soberanía y Poder constituyente del rey o soberanía y Poder constituyente del pueblo hablando de una soberanía de la constitución. Con esto no se contestaba a la cuestión se la soslayaba y velaba tras de la idea confusa de un Poder constituyente de la Constitución. Todas las Constituciones y leyes constitucionales francesas que siguen (1848, 1851,1875) tienen como supuesto el Poder constituyente del Pueblo.

#### **2.2.4. Neoconstitucionalismo.**

No solo nos encontramos ante una fase histórica del proceso del constitucionalismo, sino ante una nueva corriente o ideología iusfilosófica del Constitucionalismo. Este movimiento ideológico comenzó a surgir a partir del siglo XX, como una respuesta del positivismo a la adopción de principios iusnaturalistas por parte de las Cartas Magnas posteriores a la Segunda Guerra

Mundial. Barberis Mauro, señala que entre el Constitucionalismo y esta nueva figura solo "...Hay una simple distinción entre estos conceptos: el constitucionalismo es una filosofía política, positivismo y neoconstitucionalismo son teorías jurídicas...". Indicando además que: "...pero esta distinción está muchas veces difuminada, por dos razones. La primera es el rechazo neoconstitucionalista del propio principio de avaloratividad que solo permitiría distinguir entre filosofías normativas y teorías cognoscitivas. La segunda es que constitucionalismo y neoconstitucionalismo sufren ambos de una ambigüedad muy común; la existente entre fenómenos y teorías que hablan de ellos." (2018).

Guastini Ricardo señala que este tipo de "...ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza así por poseer una Constitución extremadamente invasora interpuesta, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales..." (2018). Teniendo la concepción del Derecho Constitucional, donde la Constitución en vez de ser guía del ordenamiento, se convierte en carcelera de este. Pretendiendo desconocer valores fundamentales o metapositivos anteriores a la Constitución propios de la naturaleza humana considerándose que solo son derechos los que la Norma Fundamental recapitula.

Sanchís Prieto señala que hay cinco características que representan a esta teoría del derecho, los cuales son:

"...más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario; y por último coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un

puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas...” (2007).

Como se observa esta invasión total de la Constitución sobre todas las otras aristas del derecho nada tiene que ver con el reconocimiento de esta Norma como suprema, sino de un total acaparamiento del derecho por la Norma Magna. Incluso Cruz Luis señala que “lo decisivo y novedoso de este constitucionalismo radica, precisamente, en las cualidades materiales o sustanciales de la Constitución, que la tornan prácticamente omnipresente en toda operación de creación y aplicación del Derecho...” (2006). Teniendo como problema de esta corriente del Derecho Constitucional el exceso de protagonismo que se le da a la Carta Magna, impidiendo así la fundamentación en cualquier otra fuente del derecho que no sea la propia Constitución. Es decir, en un Estado Neo-constitucional no puede existir ningún caso que no haga una remisión expresa a la Norma Fundamental o a decisiones tomadas por su máximo interprete, esto sin importar que el mismo caso pueda ser resuelto utilizando como fuentes a otras normas legales a jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales, a la Costumbre, etc. Paradójicamente, pero consecuente a lo anterior, esto termina generando una opresión de los órganos jurisdiccionales, pues al darse tanto privilegio a la Constitución sobre cualquier otra fuente de Derecho, e incluso sobre los derechos humanos, los órganos encargados de velar por la “constitucionalidad” se vuelven tiranos, al ser los únicos que pueden decidir sobre lo que es o no es Constitucional, y esto finalmente significa, que deciden qué es y no es Derecho.

#### **2.2.5. La Norma Fundante de Kelsen.**

Márquez González quien señala:

“...Kelsen considera que cualquier sistema de derecho es un todo unificado en el que sus normas se encuentran en estrecha relación entre sí, jerarquizadas de tal modo que se establecen relaciones de supraordinación y subordinación. En este contexto, que Kelsen refiere en forma exclusiva al derecho objetivo y positivo, la validez de todas y cada una de las normas está referida en forma última a una norma fundamental, que resulta ser la culminación y el término de la pirámide. Esta norma les confiere el principio supremo de validez, que no es posible encontrar en ninguna otra norma en todo el sistema, ya que la explicación última y trascendental siempre se remontará en forma sucesiva a la que se encuentra situada inmediatamente por encima de ellas...” (2004).

Adecuándose a los sistemas de Derecho Constitucionales, donde la Carta Magna, es la norma suprema de la cual nacen las diferentes normas y le deben validez. surgiendo en la teoría Kelseniana la interrogante: ¿si las demás normas del Derecho le deben su validez a la Constitución, la Carta Magna a qué le debe su validez? (Márquez, 2004). Kelsen intentaría responder dicha interrogante mediante la Teoría de la Norma Fundante: Esto quiere decir que cada norma debe su validez a una norma superior, pero la cadena, si la hay, se interrumpe en la norma cuya validez ya no puede derivarse de otra superior, esta norma es la que se llama fundamental o básica.

Márquez citando a Kelsen el cual señala que, para establecer la validez de la Constitución actual, se debía arribar a la Constitución que históricamente fuera la primera, y en cuya base las constituciones subsecuentes fueron establecidas (Márquez, 2004).

Posteriormente, el autor austriaco intentaría explicar de dónde debía su validez la Carta Magna que históricamente fuera la primera. Al respecto menciona que:

“...desde el punto de vista de positivismo jurídico, no puede dirigirse a un orden normativo superior, establecido por una autoridad trascendente, supeempírica. Desde este punto de vista debemos

considerar a los forjadores de la Constitución primera como la máxima autoridad legal...” (Márquez, 2004).

Se puede entender que para Kelsen las normas del derecho incluso la Carta Magna debían su validez a las decisiones del Poder Constituyente Originario. Para Márquez la carta magna es:

“...el primer acto constituyente —el más elevado de la producción jurídica— se presenta como ejecución de la norma fundamental; la legislación, que es producción de normas generales, como ejecución de la Constitución; la sentencia judicial y el acto administrativo, por medio de los cuales se establecen las normas individuales, como ejecución de la ley; la realización del acto coactivo, por último, como ejecución de las órdenes administrativas y sentencias judiciales...” (Márquez, 2004).

Se puede resaltar que la teoría de Kelsen, vuelve omnipotente al Poder Constituyente. Ya que al ser el ente del cual se originan todas las demás normas del Derecho este es libre de error y que cualquier otra norma que sea contraria a este incluso una posterior la Carta Magna sería errónea. Sin embargo, no se puede negar que el autor austriaco criticaba al Iusnaturalismo por lo mismo (Márquez, 2004).

Para Hans Kelsen en su teoría pura del derecho indica que para él la Norma Fundante es una línea de comportamientos que deben seguir en sociedad, por lo cual señala: “...Debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación” (Kelsen, 1982). La cual resalta como una teoría porque es la respuesta a la cuestión de por qué debemos comportarnos como la Constitución lo prescribe.

El autor Raz en 1985, crítico a Kelsen, señalando dos de los principales problemas de la teoría pura del derecho de Kelsen el primero es que, como se



menciona, la teoría de Kelsen parte de un supuesto: “la validez de una norma siempre dependerá de una norma superior, cuando de una norma no se puede determinar una norma superior, esta es la norma fundamental”.

Bajo esta premisa se debería preguntar qué sucede en el caso de países que no poseen una norma que valide la creación de otras normas, teniendo como ejemplo el caso de Inglaterra. Kelsen notando este problema señala que en estos casos la norma fundamental sería la Costumbre, la cual es la que ha permitido y configurado el derecho en estos países (Raz, 1985).

Joseph Raz señalaba que en el caso bajo comentario se podría decir que existirían dos normas fundamentales, la primera que tiene un origen en el derecho consuetudinario, mientras que las segundas tendrían un origen legislativo. Esto generaría una incongruencia en la teoría Kelseniana que buscaba la primacía de una sola norma fundante, pues la existencia de múltiples normas fundantes desvalorizaba a la figura como la creadora del derecho en un sistema jurídico (Raz, 1985).

La segunda crítica de Raz nace con un ejemplo muy ilustrativo

“...El primer axioma establece que todas las disposiciones jurídicas que pertenezcan a una misma cadena de validez son parte de uno y el mismo sistema jurídico. Si este axioma fuera correcto, ciertas formas de otorgamiento pacífico de independencia a nuevos estados devendrían imposible. Supóngase que el país A tiene una colonia B y que ambos países se encuentran gobernados por el mismo sistema jurídico. Supongamos además que A ha otorgado la independencia a B mediante una disposición jurídica que confiere a una asamblea representativa electa por los habitantes de B poderes legislativos, exclusivos e ilimitados, sobre B. Finalmente supongamos que esta asamblea representativa ha adoptado una constitución que es, en general, reconocida por los habitantes de B y de conformidad con la cual se realizaron elecciones y ulteriores disposiciones jurídicas fueron creadas... No obstante, todos estos hechos, del primer axioma de Kelsen se siguen que la constitución, y demás disposiciones jurídicas de B, son parte del sistema jurídico de A. Puesto que la constitución de B y,

consecuentemente, todas las disposiciones jurídicas creadas en base a ella, fueron autorizadas por la disposición de A que otorga la independencia y, por tanto, pertenecen a la misma cadena de validez y al mismo sistema...” (1985).

Se deja en claro que el principal problema de la teoría kelseniana es que se deja de lado los hechos para solo considerar el contenido de las disposiciones jurídicas. Esta incapacidad no permite vislumbrar a las disposiciones jurídicas como algo más allá de la norma positiva, reduciendo así al derecho a la norma escrita. El último problema de la teoría es que, como se ha señalado con anterioridad, es el de emplear un comportamiento predeterminado por las normas jurídicas a la sociedad. Al final Kelsen termina generando una figura hipotética, a la cual sumado a lo anterior este desconoce los efectos jurídicos de las normas preconstitucionales. Debiéndose entender que la posición de Kelsen se debe a su fuerte rechazo al iusnaturalismo, al cual criticaba porque señalaba que este imponía formas de conducta a la sociedad y a la estructuración del Derecho. A pesar que la Norma Fundante termina realizando lo mismo, indicando que el iusnaturalismo que centra su razón de ser en la propia naturaleza del ser humano, se diferencia de la teoría de Kelsen porque este se centra en dotar de tal poder al Constituyente Originario, sin mayor fundamento que el señalar a la estructura del derecho como una pirámide de normas, sin mayor fuente que ellas mismas. Al final la teoría de Kelsen posee más de Derecho Natural que de Derecho Positivo a pesar de que se haya decidido justificar todo en la figura antes mencionada (Raz, 1985).

#### **2.2.6. La Regla de Reconocimiento de Hart.**

Herbert Hart formulo su propia teoría sobre la existencia de una norma pre-constitucional, la cual denominaría la regla de reconocimiento. Como ha señalado García Higuera:

“...La teoría de la regla de reconocimiento de Hart supone, en cierta medida, una reformulación de la norma fundamental kelseniana, utilizando un nuevo aparato filosófico la filosofía analítica del lenguaje y tratando de evitar el principal defecto de la norma fundamental su carácter hipotético (2010).

De lo cual Hart sustenta la existencia de la regla de reconocimiento en un hecho no es una hipótesis, y tampoco se puede plantear su validez, simplemente es aceptada para ser usada para identificar las normas de un sistema eficaz (1998).

Esta regla viene a reconocer una situación que se da en la realidad, Hart señalaba que la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios (1998).

Para García Higuera esto genera que

“...Su existencia es una cuestión de hecho. Esto debe ser matizado en dos sentidos: en primer lugar, según Hart basta - como condición necesaria- con que haya una práctica concordante al respecto por parte de los órganos de aplicación (jueces y tribunales, entendidos en sentido amplio), por lo que la participación concordante de los particulares en dicha práctica no sería condición necesaria para la existencia de la regla de reconocimiento; y, en segundo lugar, la mera existencia de una práctica concordante de identificación de reglas por referencia a ciertos criterios por parte de los jueces y tribunales no es condición suficiente para la existencia de la regla de reconocimiento; es preciso, además, que el uso de tales criterios de validez jurídica sea considerado por los jueces y tribunales en su conjunto «como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas», de forma que las desviaciones respecto de los mismos sean vistas críticamente por los propios tribunales como «fallas frente a los criterios vigentes, que son esencialmente comunes y públicos...» (2010).

Con respecto a lo que se indica, la regla venía a reconocer los sentidos en el que los jueces formulaban sus decisiones y consideraban a estas como verdaderos sistemas y fuentes del Derecho, agregándole la base social, ya que la sociedad consideraba correcta la forma de decisión de los jueces y por lo cual reconocían su imposición, generando también predictibilidad a la hora de tomar decisiones judiciales, permitiendo así que no existieran desvíos en el derecho.

Para Jiménez Cano la constitución es:

“...La regla de reconocimiento servirá, entonces, para reconocer o identificar las reglas del grupo social, pues especificará alguna característica cuya posesión por una regla revelará una afirmación indiscutible de que se trata de una regla del grupo. La regla de reconocimiento es, pues, el elemento que fundamenta el sistema jurídico, que le otorga unidad y certeza, identifica e individualiza a aquel respecto de otros y, finalmente, lo delimita respecto de otros sistemas normativos...” (2009).

Por el contrario Hart precisaba que en base de dichas decisiones judiciales se construirían todas las demás normas del Derecho y que la legislación sólo venía a reconocer lo que en la práctica ya se estaba llevando a cabo; teniendo como primordial fuente del Derecho la jurisprudencia, que buscaría ser unitaria; pero no obstante el autor británico reconocía también que, en diferentes casos, los diferentes sistemas jurídicos resolverían de forma diferente y por lo tanto, habría una pluralidad de reglas de reconocimiento. Si bien el autor británico no especifica y se podría considerar que su teoría se contradecía así misma al momento de señalar que la regla de reconocimiento era unitaria pero posteriormente hablaba en pluralidad, se indica que el autor quiso explicar que debe existir ciertos criterios unitarios por un sistema jurídico que no necesariamente sean compartidos por los otros, de lo cual generaría que existiera

una pluralidad de reglas de reconocimiento por cada sistema jurídico. Pero ante esto podemos plantear tres grandes problemas que esta teoría tendría (1998):

**a. La primera crítica.**

Es que la regla de reconocimiento se basa en las decisiones que los jueces han construido sobre ciertos criterios que comparten y consideran unitarios para todos ellos. Teniendo como problema que existirían un sinnúmero de reglas de reconocimiento por cada ordenamiento jurídico lo cual conllevaría a que no existiera un criterio único de la validez del Derecho (Hart, 1998).

Al respecto para García Higuera señala que:

*“...la obra de Hart da pie a considerar que podría existir pluralidad de reglas de reconocimiento en un sistema jurídico debido, principalmente, a la falta de concreción y a la incoherencia de referirse a ella en singular o en plural, según los casos. Pero ello, no obsta para ver que su carácter de norma suprema y última del ordenamiento jurídico requiere la singularidad con el fin de que pueda cumplir satisfactoriamente las funciones que tiene asignadas: lograr la unidad del sistema jurídico y así evitar que sea un cumulo inconexo de normas, y evitar la falta de certeza que supone no tener un criterio/os que identifique cuales son las normas válidas de un sistema jurídico, ya que de existir varias reglas de reconocimiento, ¿no podrían ser contradictorias?, o ¿cuántas reglas de reconocimiento podría llegar a haber?... (2010).*

**b. La segunda crítica.**

Hacia la regla de reconocimiento es que se deposita una inmensa fe en las decisiones judiciales, que es entendible en el modelo jurídico británico ya que se considera a los jueces libres del error. De la lectura de los planteamientos de Hart se puede considerar que para que la Regla de Reconocimiento sea válida debe pasar dos filtros, el primero es que los jueces posean criterios unificados (volviéndolos automatizados en sus decisiones, no permitiendo la

interpretación judicial) y que estas decisiones, o el sentido de estas sean reconocidas y aceptadas por la sociedad. Y podemos volver a preguntarnos si una decisión judicial, por muy aceptada que sea por la sociedad, no puede ser injusta (Hart, 1998).

**c. La tercera crítica.**

La regla de reconocimiento es que esta genera una circularidad en sí misma. Hart citando a García Higuera menciona que:

“...De acuerdo con Hart, para poder determinar el contenido de la regla de reconocimiento hemos de acudir a los criterios de validez jurídica aceptados y seguidos por los jueces y tribunales; pero -también según Hart- no podemos identificar quiénes son los jueces y tribunales sino sobre la base de las reglas de adjudicación del sistema, pues, como él mismo dice, «la existencia de un tribunal implica la existencia de reglas secundarias que confieran potestad jurisdiccional». Dicho de otra manera, la existencia de jueces requiere de una regla de reconocimiento que valide las reglas de adjudicación, y la existencia de una regla de reconocimiento requiere una práctica judicial. Esto es lo que se ha denominado el problema de la circularidad” (1998).

Se observa que el gran problema de señalar que las decisiones judiciales son la principal fuente del derecho radica en que el mismo reconocimiento y nombramiento de los jueces se inicia a partir de una norma preexistente: es decir que no existen jueces que no hayan sido elegidos según las reglas establecidas en normas previas. Y por lo tanto el derecho existe antes de la existencia de las primeras decisiones judiciales, lo cual conlleva a generar un problema de circularidad en esta teoría que busca determinar qué fue primero la decisión judicial o la norma que designaba a los jueces (1998).

**2.2.7. La constitución.**

Hans Kelsen en la teoría pura del derecho define a la constitución como el derecho norma, o conjunto de normas de un orden normativo, indicando que para que se tenga un orden normativo se necesita de una serie de reglas y principios primigenios, tomando dos principios cuando explica la validez del derecho positivo, basado en el positivismo jurídico, señalado que existe una estructura jurídica y existe una norma fundamental (Kelsen, 1982).

En ese sentido, indica que la ciencia jurídica considera al derecho positivo como la razón válida, la cual señala que existe una estructura jerárquica, la misma que asciende desde la norma más baja o resolución judicial hasta llegar a la constitución política del estado, precisando que la validez, valor de una norma surge a partir de otra norma de rango superior que le da atribuciones o autoriza a esta para realizar o imponer un mandato, fundamentación que crea la validez de la norma es decir señala que las normas de un estado son escalonadas, desde la emisión de una resolución judicial o administrativa, que son fundamentadas por leyes y al mismo tiempo estas leyes son fundamentadas por la constitución (Kelsen, 1982).

Es así que Hans Kelsen señala que para interpretar la secuencia escalonada de normas solo es posible si presuponemos que los seres humanos deben tener un comportamiento según lo establecido en la constitución basándose históricamente desde la implementación de la primera (1982).

De Otto señala que la Constitución es la norma jurídica suprema de todo estado, la cual logra tener la calidad de suprema cuando el ordenamiento establece que toda norma de menor jerarquía es obligatoria de cumplir según los estándares constitucionales, contra sensu si no se cumplen dichos estándares las normas de menor jerarquía son antijurídicas (1998).

En ese orden de ideas, De Otto señala que:

“Esta alteración en la estructura y dinámica del ordenamiento abre por sí misma cuestiones capitales, para cuya respuesta nace la Constitución. En un ordenamiento no positivado, tradicional, el problema de la fundamentación del ordenamiento jurídico no se plantea como una cuestión propiamente jurídica, pues el derecho no vale porque es decidido, sino porque es antiguo y bueno. Por el contrario, en el derecho positivado, y en la conciencia jurídica moderna, el problema forzosamente ha de pasar a un primer plano: si el derecho no sólo es decidido, sino que vale precisamente porque es decidido, es necesario preguntarse ahora sobre qué reposa ese poder de decidir, ese poder de crear derecho, y la respuesta no puede hallarse más que en el propio ordenamiento, en su norma superior...” (1998).

Es necesario señalar que, a diferencia de Kelsen, De Otto, no está buscando una respuesta específica al problema de la fundamentación de la obligatoriedad que deben tener las normas de menor jerarquía dentro de un marco normativo, De Otto señala por el contrario que existe una necesidad de justificar el poder de obedecer o decidir que es netamente un problema de la ciencia jurídica moderna, dado que en la antigüedad el derecho consuetudinario resolvía cada conflicto arguyendo que las normas eran creadas por las costumbres las cuales han sido convertidas en normas jurídicas, es de señalar que en la actualidad el derecho consuetudinario ha quedado relegado a un ámbito solo de estudio puesto que el incremento exponencial de las sociedad ha causado que el derecho positivo tome el dominio de todo el marco jurídico y que necesariamente necesita de una justificación de la ciencia jurídica (1998).

## **2.2.8. Supremacía constitucional.**

### **2.2.8.1. Concepto de supremacía constitucional.**

Todo derecho constitucional tiene un presupuesto de rango positivado del estado, cual dispone de mecanismos destinados a depurar



del ordenamiento jurídico toda norma que no sea real; la labor de los tribunales constitucionales es considerada como el órgano encargado de la interpretación y aplicación del interés de la colectividad, por lo que tiene una función pacificadora, mantenedora y desarrolladora de consensos que tengan relación con normas que contravengan la constitución (Simón, 1996).

La doctrina señala que la supremacía constitucional es una construcción de principios, los encargados de formular un deber ser, que este arraigado a la normativa constitucional de todo estado, en otras palabras obliga de dos formas al estado a conformar un orden social, el primero de ellos conformar un orden social y segundo la participación del mismo estado o de cualquier ente del estado ya sea público o privado; la supremacía constitucional es considerada un principio rector de todo ordenamiento jurídico, esto es, el conjunto de normas jurídicas expedidas por los órganos del Estado facultados por el constituyente o el legislador para ello. Por otra parte, la Supremacía Constitucional, en cuanto que ella es un conjunto de reglas jurídicas que se tiene por fundamentales y esenciales para preservar la forma política del Estado (Alcalá, 2006).

La teoría general del Derecho Constitucional señala que la supremacía constitucional es un principio universal que se fundamenta en el texto del ordenamiento jurídico constitucional que es superior a toda norma, ley, decreto o instrumento jurídico que exista en un estado (Alcalá, 2006).

Cuando se dice que la Constitución es suprema, se refiere a que se encuentra recubierta de legalidad y supremacía en tanto impone un deber ser que todo el ámbito jurídico inferior a ella le sea congruente y compatible,

tenido como resultado que el mismo no la incumpla ni le reste efectividad funcional y aplicación (Alcalá, 2006).

#### **2.2.8.2. Clases de supremacía.**

##### **a. Supremacía material.**

Se tiene que la constitución es la fuente material, puesto que no necesita de crear normas para que ratifiquen su estatus en el ordenamiento jurídico, solamente pone parámetros de validez y jurídicas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico estatal, toda vez que si alguna norma es creada y va en contra de la constitución debe ser descartada, contrario sensu toda norma que vaya en contraste con la constitución es protegida por esta (Palomino, 2008).

Las normas constitucionales se encuentran ubicadas en la cima según lo establecido por Hans Kelsen, respecto de las demás normas, todo conflicto que se presente dentro de un estado debe ser resuelto conforme a lo establecido en la constitución, es decir los órganos administrativos, jurídicos y políticos, deben recurrir a la constitución como primer filtro para la solución de los intereses de la población (Aponte, 2008).

La supremacía constitucional en el sentido material busca sancionar las normas del derecho interno que van en contra de la misma, se explica de la siguiente forma, si una ley desconoce la libertad de religión o de culto, o donde se plasmara el efecto retroactivo de la ley para vulnerar derechos fundamentales, sería inconstitucional puesto que va en contra del sentido material de la constitución (Fajardo y Ángel, 2007).

## **b. Supremacía formal.**

La constitución es la fuente formal de todo ordenamiento jurídico, en la medida que establece la creación del derecho o como nacen las normas internas, en términos simples la constitución señala que poderes del estado pueden crear normas (Congreso, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, etc.), la estructura que poseen (unicameral para el caso del Congreso, etc.), la competencia que se les reconoce (leyes para el órgano Legislativo, decretos para el órgano Ejecutivo, jurisprudencia para el órgano judicial, etc.) (Palomino, 2008).

La constitución es superior al resto del ordenamiento jurídico puesto que estas se encuentran sometidas a los procedimientos y formalidades que se establecen en la propia Constitución, en ese sentido las formalidades con las que fue creada la constitución son diferentes a las formalidades que se emplean para la creación del resto de normas jurídicas (Chalbaud, 2007).

### **2.2.9. Definición del principio de jerarquía normativa.**

Ferrer y Rodríguez citando a Guastini, indican que la jerarquía normativa en sus inicios no tenía una sola interpretación, por el contrario, tenía cuatro significados los cuales señalan porque una norma es jerárquicamente superior a otra, las interpretaciones son:

- I.** El primer significado da a entender que la jerarquía es la estructura formal de una norma, existiendo dos clases de normas, las normas que regulan la producción de otras normas y la segunda son las normas creadas en virtud de las anteriores (Ferrer y Rodríguez, 2011).

Desde esta perspectiva una norma es jerárquicamente superior a otra, cuando pertenezca al primer grupo de normas, es decir, cuando se trate de normas de competencia.

El significado de la jerarquía normativa trae implícita una diferenciación entre normas constitucionales, dado que no toda disposición que se encuentre contenida en la constitución tiene la calidad de ser normas de competencia, es decir de regular la producción de otras normas de inferior jerarquía; por lo que cuando se utilice el término jerarquía se debe tener mucho cuidado puesto no toda norma tiene jerarquía constitucional (Ferrer y Rodríguez, 2011).

**II.** El segundo significado señala que jerarquía en su sentido material, busca la solución de distintas e incompatibles normas entre sí, en ese sentido se señala que la norma jerárquicamente superior prevalece sobre la otra, Ferrer y Rodríguez señalan que la jerarquía material señala la existencia de conflictos o discrepancias entre normas y criterio empleados para resolver los conflictos, señalando, dentro de estos últimos, a aquellos criterios cuyo ámbito de aplicación abarca a la totalidad del sistema jurídico, los cuales son:

- A.** *Lex superior derogat legi inferiori*: criterio por el cual, en caso de conflicto entre dos normas de un sistema jurídico, se prefiere a la norma que haya sido promulgada por el órgano de rango superior sobre aquella norma que haya sido promulgada por el órgano de rango inferior.
- B.** *Lex posterior derogat legi priori*: criterio por el cual, en caso de conflicto entre dos normas de un sistema jurídico, se prefiere a la norma que haya sido promulgada en un momento posterior sobre la dictada en un momento anterior.
- C.** *Lex specialis derogat legi generali*: criterio por el cual, en caso de conflicto entre dos normas de un sistema jurídico, se prefiere a la norma que regula un caso más específico sobre la que regula un caso más general en el que el primero esté incluido (Ferrer y Rodríguez, 2011).

De igual manera respecto al criterio *Lex superior derogat legi inferiori*, se señala que existen dos enfoques los cuales son:

- A. El primero, mediante el cual este criterio sería un sinónimo de jerarquía u ordenación entre normas, es decir, propondría la preferencia de una norma superior (utilizando cualquier criterio jerárquico) sobre la norma inferior (bajo el mismo criterio jerárquico); y,
  - B. El segundo, mediante el cual este criterio hace referencia a la ordenación jerárquica de las fuentes del Derecho, es decir, constituiría en sí un criterio específico de ordenación de normas. Este segundo enfoque, parece ser, es al que normalmente se refieren los juristas cuando hablan de *Lex superior derogat legi inferiori* (Ferrer y Rodríguez, 2011).
- III.** El tercer significado señala que la jerarquía implica que una norma es superior a otra, implicando que existen varios niveles o escalones entre normas (Ferrer y Rodríguez, 2011).
- IV.** El cuarto significado y último señala que la jerarquía debe ser entendida como la jerarquía axiológica, es decir en este contexto se cuándo el legislador le atribuye a una de las normas un valor superior frente a la otra norma, a pesar de que hayan sido emitidas por el mismo órgano. Esto se da cuando se considera que una norma contiene un principio informador de todo un sector del ordenamiento (o de todo el ordenamiento en general), por lo que, en virtud de dicha circunstancia, se asume que la citada norma es superior axiológicamente a otras que pudieran tener, incluso, su mismo rango (Ferrer y Rodríguez, 2011).

#### **2.10. El principio de jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico peruano.**

El principio constitucional de jerarquía desde el reglamento provisional de Huaura en 1821, posteriormente en el estatuto provisional del mismo año, la constitución de 1823, la constitución de 1828, la constitución de 1834, la

constitución de 1839, la constitución de 1856, la Constitución de 1979 y por último la Constitución Política del Estado de 1993, las cuales ya contienen el principio de jerarquía normativa, con ello se tiene que la constitución es la norma predominante sobre toda norma legal dentro del estado peruano, la cual prevalece sobre toda norma inferior; se debe señalar que la constitución vigente prevé la obligatoriedad que todo juez debe implementar es decir debe preferir la constitución sobre toda ley, o lo legal sobre la reglamentario; que en suma constituye la institución del control difuso de la constitucionalidad de las normas (Art. 138).

Se establece que la constitución de 1993 contiene en su matriz el principio de jerarquía constitucional, la misma que establece que toda norma de menor jerarquía no puede estar en contra de la constitución. Asimismo, la Constitución Política prevé la obligatoriedad que tienen todos y cada uno de los jueces penales, constitucionales, civiles, laborales, familia y demás de preferir la constitución sobre cualquier otra norma, la constitución ejerce el control difuso de la constitucionalidad de toda norma, quedando plenamente claro que la constitución de 1993, señala que la jerarquía normativa dota a los órganos jurisdiccionales la facultad de utilizar el control difuso de la constitucionalidad de las normas, sin que ello implique un acto de derogación general de norma que vayan en contra de la misma constitución, sino solamente su no aplicabilidad a un supuesto de hecho sujeto a decisión judicial (Reglamento Provisional de Huaura, 1821).

El principio de jerarquía constitucional en el marco legal se encuentra como norma con rango de Ley, el cual se encuentra plasmado en el primer párrafo del artículo VI del título preliminar de la Ley 27837 (Código Procesal

Constitucional) el mismo que en su regulación pone límites para el ejercicio de las funciones que tienen los jueces para ejercer el control difuso de la constitucionalidad, si bien es cierto este límite no se encuentra en la constitución política del estado, el principio de jerarquía constitucional implementa este límite al ver que los jueces al tener una libre disposición del uso del control difuso, se limita a su uso solo cuando el conflicto de normas sea de relevancia jurídica en casos concretos, tenido al control difuso como ultima ratio en el control de constitucionalidad de normas (Reglamento Provisional de Huaura, 1821).

## **2.11. Esquema jerárquico de las normas.**

El esquema jerárquico de normas se compone por cinco categorías que mencionan la estructura del estado.

### **2.11.1. Primera Categoría.**

Esta categoría está conformada por las normas constitucionales y las normas con rango constitucional.

#### **I. Primer grado: La constitución.**

En el primer grado se encuentra la constitución, dado que es la primera norma, la norma fundante de todo ordenamiento jurídico, la cual contiene todos los principios que rigen un estado, en ella se encuentran todos los derechos y deberes de los ciudadanos, de igual manera contiene todos los procedimientos que guían a los organismos del estado, teniendo como base la constitución para la creación de normas (García, 2015).

## **II. Segundo grado: Leyes constitucionales, tratados de derechos humanos y tratados legislativo.**

Las leyes constitucionales son las que se encargan de realizar las reformas constitucionales, mediante una serie de procedimientos los cuales son sustituir, modificar, derogar o abrogar una norma constitucional (García, 2015).

Los tratados de derechos humanos, son todos aquellos que son aceptados por un estado, esto es por su ratificación d cada uno de ellos, los cuales tiene la finalidad de salvaguardar los derechos de toda persona (García, 2015).

Los tratados legislativos, son todos aquellos que en su contenido tiene una o varias normas que afectan a la constitución, pero que por haber sido emitidas por el poder legislativo (congreso de la república) estando vigentes paralelamente dentro de un estado, cabe señalar que los tratados legislativos contienen un vicio de inconstitucionalidad, pero por medio un procedimiento de habilitación esta inconstitucionalidad puede ser inaplicada de manera total o parcial siempre y cuando se trate de un tratado con naturaleza temporal esto es que tenga una fecha de inicio y de fin (García, 2015).

### **2.11.2. Segunda Categoría.**

Esta categoría está conformada por las leyes y normas con fuera de ley o mejor llamadas leyes o normas con rango de ley.

#### **I. Las leyes.**



Son todas las disposiciones que ordenan, autorizan, prohíben o sancionan una conducta, la constitución política del estado autoriza al congreso de la república para la emisión de este tipo de leyes, teniendo sus excepciones, en ese orden de ideas existen leyes orgánicas, leyes de marco, leyes de bases, leyes generales, leyes de presupuesto de la república, ley de la cuenta general de la república, leyes orgánicas y leyes de desarrollo constitucional, las mismas que deben estar acorde la constitución política del estado.

## **II. Normas con fuerza con rango de ley.**

Son todas aquellas normas que por mandato de la constitución tiene el mismo nivel de las leyes,

### **2.11.3. Tercera Categoría.**

En esta categoría se encuentran los decretos, convenios internacionales los cuales tienen un carácter general los cuales tienen un alcance nacional, regional o local, tenido el gobierno central o los gobiernos descentralizados una potestad normativa emana por los decretos, se tiene los siguientes tipos de decretos:

#### **I. Decretos supremos.**

Son aquellos que regulan la actividad sectorial o multisectorial en todo el territorio nacional, norman toda la actividad del sector público a nivel nacional, reglamentando las leyes siempre y cuando no las transgredan (García, 2015).

#### **II. Convenios internacionales ejecutivos**

Son todos aquellos compromisos de carácter internacional que son ratificados o celebrados por el estado, los cuales son aceptados por el presidente de la república (García, 2015).

### **III. Decretos regionales.**

Son disposiciones que complementan las ordenanzas regionales, regulan la viabilidad, ejecución de acuerdos de orden general y que tengan estricto interés de los ciudadanos (García, 2015).

### **IV. Decretos de alcaldía.**

Son disposiciones enramadas por la autoridad edil, que están reguladas por la ley orgánica de municipalidades la que se encarga de vigilar y viabilizar su ejecución dentro de un determinado territorio (García, 2015).

#### **2.11.4. Cuarta categoría.**

En esta categoría se encuentran las resoluciones las que se encargan de resolver casos particulares y concretos vinculados a la administración gubernamental, teniendo tres grados de jerarquía.

#### **I. Primer grado.**

##### **A. Resoluciones supremas.**

Son las disposiciones que contienen normas exclusivas para personas precisas o precisables, estas resoluciones dan derechos públicos o establecen algún tipo de responsabilidad o deberes para su ejecución (García, 2015).

#### **II. Segundo grado.**

**A. Resoluciones ministeriales.**

Son aquellas que permiten supervisar y formular la política general sectorial de un estado, dentro de su competencia, también supervisan y controlan los organismos públicos descentralizados (García, 2015).

**B. Resoluciones de órganos autónomos no descentralizados.**

Permiten formular y ejecutar las acciones generales de los órganos autónomos no descentralizados, las que son emitidas por la más alta autoridad de una entidad (García, 2015).

**C. Resoluciones expedidas por los responsables de los organismos públicos descentralizados.**

Permiten formular y ejecutar las acciones generales de los órganos autónomos descentralizados las que son emitidas por la más alta autoridad de una entidad (García, 2015).

**III. Tercer grado.**

**A. Acuerdos del congreso regional.**

Son aquellos que resuelven asuntos específicos del gobierno regional, el interés público, ciudadano o institucional, tiene la finalidad de manifestar la voluntad de practicar un acto o sujeción de una conducta o norma institucional (García, 2015).

**B. Resoluciones municipales.**

Permiten a los gobiernos locales ejercer todas las funciones administrativas que sean beneficiosas para la ciudadanía (García, 2015).

**IV. Cuarto grado.**

#### **A. Resoluciones de alcaldía.**

Son expedidas por la máxima autoridad de un ente edil, con la finalidad de resolver asuntos administrativos, que vengan de vecinos para ventilar temas específicos (García, 2015).

#### **V. Quinta categoría.**

En esta categoría se resuelven controversias de naturaleza jurisdiccional o administrativa.

##### **A. Primer grado.**

###### **a) Ejecutorias supremas.**

Están conformadas por las sentencias emitidas por los órganos judiciales, las cuales tienen calidad de cosa juzgada (García, 2015).

###### **b) Resoluciones del Tribunal Constitucional.**

Son aquellas sentencias emitidas por el tribunal constitucional, sobre habeas corpus, acción de amparo, habeas data y acción de cumplimiento (García, 2015).

###### **c) Resoluciones del jurado nacional de elecciones.**

Son todas aquellas resoluciones emitidas en materia electoral (García, 2015).

###### **d) Resoluciones del concejo nacional de la magistratura.**

Son todas aquellas resoluciones emitidas en materia de evaluación y ratificación de jueces y fiscales (García, 2015).

##### **B. Segundo grado.**

###### **a) Resoluciones de los órganos de justicia administrativa.**

Son aquellas que contiene decisiones vinculadas con los deberes y derechos de todos los funcionarios o servidores públicos, también tiene relación con las quejas y reclamaciones de los usuarios o personas con intereses concretos (García, 2015).

**b) Convenios colectivos de trabajo.**

Contienen un acuerdo de voluntades entre el empleador y los trabajadores (García, 2015).

**c) Contratos.**

Contiene acuerdos de voluntades entre las personas con la finalidad de la creación de mutuos derechos y obligaciones entre las partes (García, 2015).

**d) Testamentos.**

Contiene las decisiones que expresan las voluntades de los testantes y están vinculadas con disposiciones de bienes (García, 2015).

### **2.3. Antecedentes de la investigación.**

Se encontraron 3 investigaciones relacionadas al tema desarrollado de las siguientes universidades: Universidad Católica Santo Toribio De Mogrovejo, Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 001-2015-EM, por Infracción Al Principio De Jerarquía Normativa y Universidad del Zulia.

- I. El doctor Celso Nicolás García Leguía, en su tesis titulada La Inconstitucionalidad de las Normas Constitucionales y el Mecanismo para Tratarlas en el Ordenamiento Peruano, de la Universidad Católica Santo Toribio De Mogrovejo, se planteó como objetivo de investigación Determinar

si es posible la existencia de Normas Constitucionales Inconstitucionales, así como el mecanismo de Control de la Constitución para tratarlas en el ordenamiento peruano (2019), para lo cual describió los conceptos fundamentales del derecho constitucional peruano, de igual manera busco argumentar la existencia de normas constitucionales inconstitucionales en Perú desde la perspectiva doctrinaria y jurisprudencial existe, por ultimo busco esclarecer el mecanismo de control de constitucionalidad idóneo para resolver una inconstitucionalidad dentro de la constitución, llegando a las siguientes conclusiones.

- Hemos concluido que no solo es posible la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, el cual se fundamenta en la jerarquía entre disposiciones constitucionales, y está destinada a aplicarse en aquellos casos extremos en los que la contradicción normativa impide aplicar el principio de interpretación armónica de la Carta Magna (García, 2019).
- Proponemos dos mecanismos para la resolución de las antinomias constitucionales; uno que es el idóneo, que consiste en la reforma, por parte del Poder Legislativo, de los artículos que constituyan una incongruencia constitucional, pero como hemos señalado debemos tener en cuenta que el Poder Legislativo puede poner diferentes trabas a un proyecto de reforma, por lo cual, la existencia de una incongruencia en la Constitución se podría mantener por diferentes cuestiones políticas (García, 2019).
- proponemos un segundo mecanismo de solución de incongruencias constitucionales, el cual consistiría en la declaratoria de inaplicabilidad de parte del Tribunal Constitucional de cualquier norma de rango constitucional incongruente, mediante la cual este órgano correrá traslado al Poder Legislativo para que este, con las atribuciones constitucionales que posee, realice la reforma correspondiente. De esta forma consideramos que se solucionarían las antinomias constitucionales en nuestro ordenamiento (García, 2019).

**II.** La doctora Otilia Burgos Delfino, en su tesis titulada Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 001-2015-Em Por Infracción al Principio de Jerarquía Normativa, de la Universidad de Piura, se planteó el estudio de la inconstitucionalidad del decreto supremo para lo cual desarrollo

dogmáticamente varios aspectos a tomar en cuenta (2017), llegando a las siguientes conclusiones:

- No era necesario solicitar la derogatoria, inconstitucionalidad o ilegalidad de todo el Decreto Supremo N° 001-2015-EF, sino solamente de los incisos c.iii y d.iv del numeral 1 del párrafo 3.1 del artículo 3° del Decreto Supremo N° 001-2015-EM (referenciados también en el inciso 3 del numeral 4.2. del artículo 4° y en el numeral 5.3 del artículo 5° de la misma norma), así como del inciso 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 028-2015-EM (Burgos, 2017).
- La labor del Poder Ejecutivo y, en específico, del Ministerio de Energía y Minas en la defensa de la legalidad y de la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 001-2015-EM ha sido deficiente, puesto que a pesar del tiempo transcurrido y de haber contado con las herramientas necesarias (como la modificación de dicha norma vía otro decreto supremo), no ha podido subsanar los errores y omisiones que se le señaló al mencionado dispositivo normativo desde un primer momento por parte de la Defensoría del Pueblo y demás organizaciones no gubernamentales especializadas en el tema (Burgos, 2017).
- Ha quedado demostrado que la norma contenida en los literales c.iii y d.iv del inciso 1 del numeral 3.1 del artículo 3° del Decreto Supremo N° 001-2015-EF es inconstitucional, por no encontrarse acorde a lo establecido en el artículo 7° de la Ley N° 24656 y el artículo 11° de la Ley N° 26505, violándose así el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 51° de la Constitución Política del Estado (Burgos, 2017).

**III.** La doctora Milagros Rafaela Rincón de Parra, en su tesis titulada La Inconstitucionalidad del Procedimiento Ordinario en el Código de Procedimiento Civil Vigente, de la Universidad de Zulia, se planteó el estudio de la inconstitucionalidad del procedimiento en el ordenamiento jurídico, teniendo un estudio amplio del tema jurídico, llegando a las siguientes conclusiones:

- La superioridad constitucional se extiende a todo el sistema de leyes nacionales, a las instituciones y organismos públicos del Estado, a la actuación de los órganos de los Poderes Públicos en el ejercicio de sus funciones y a la protección de Derechos de los ciudadanos, todos estos aspectos deben estar acordes con la Constitución, debido al deber de sujeción al Texto Fundamental, por cuanto éste se encarga ordena los Poderes Públicos del Estado, establecer los límites del ejercicio del poder, del ámbito de libertades y de los Derechos Fundamentales (Rincón, 2015).
- Ahora bien, si es la Constitución, como norma suprema, la que dispone como se desarrolla el procedimiento de elaboración de las leyes, así como la fijación de los límites a los actos ejecutados por los órganos de los

Poderes Públicos, podemos decir por consiguiente que, cualquier ley o acto emanado de los órganos de los Poderes Públicos contrario a la Constitución es nulo, por virtud de lo cual se puede afirmar que siendo así una vez puesta en vigencia la Constitución de 1999, las leyes anteriores que permanecen siendo aplicadas en el ordenamiento jurídico del Estado venezolano, que no cumplen con los mandatos constitucionales de la Carta Magna de 1999 automáticamente son nulas (Rincón, 2015).

#### **2.4. Discusión de antecedentes de la investigación.**

Respecto a las investigación y conclusiones del doctor Celso Nicolás García Leguía, se comparte la primera conclusión respecto a que no es posible la existencia de dos normas constitucionales – inconstitucionales dado que la jerarquía de la constitución señala que no puede haber conflicto entre normas constitucionales, dado que la existencia de estas normas impide la interpretación armónica de la misma.

Respecto a la segunda conclusión se tiene que se comparte la perspectiva de la creación de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las normas, el cual consiste en la reforma por parte del poder legislativo respecto de los artículos de los decretos supremos, legislativos vayan en contra de la constitución.

Respecto a la tercera conclusión compartimos dicha conclusión respecto a que el ente encargado de verificar la incompatibilidad de una norma sea el Tribunal Constitucional, dada la incongruencia de la norma en cuestión y se aplique la supremacía constitucional.

Respecto a las investigación y conclusiones de la doctora Otilia Burgos Delfino, se comparte la primera conclusión respecto a que en el caso de la inconstitucionalidad de artículos de normas sean estos derogados y no la norma en su totalidad.



Respecto a la segunda investigación se comparte la conclusión arribada por la doctora, en el sentido de que el poder ejecutivo debe tener herramientas que necesariamente vean la inconstitucionalidad de normas que este emita, con la finalidad de que no entre en vigencia y exista posteriormente una vulneración de derechos fundamentales o una colisión entre normas del mismo rango.

Respecto a las investigación y conclusiones de la Doctora Milagros Rafaela Rincón de Parra, se comparte la primera conclusión sobre la superioridad de la constitución política del estado, en relación a las normas de menor jerarquía, y de los organismos institucionales de menor rango, así como la superioridad de la constitución respecto a los poderes del estado, con la finalidad de la protección de los derechos fundamentales.

Respecto a la segunda conclusión compartimos la conclusión de la tesista en el sentido que señala que la constitución política es la norma suprema de un estado y que esta tiene los procedimientos para la elaboración de normas de menor jerarquía.

## **2.5. Definición de términos básicos.**

### **2.5.1. Constitución.**

“Es una institución jurídica que limita el ejercicio del poder por medio del Derecho, que reconoce y consagra derechos fundamentales estableciendo los mecanismos de tutela y protección de los mismos. La Constitución no es más que el reflejo del acuerdo social en un momento histórico determinado sobre un mínimo o básico. Un acuerdo sobre lo fundamental” (Garrote, 2019).

### **2.5.2. Libertad.**

Derecho fundamental de las personas vinculado a su autonomía y a la libertad como valor, y cuya vigencia reclama esencialmente la abstención del

Estado y la ausencia de interferencias ilegítimas (Diccionario panhispánico del español jurídico, 2020).

### **2.5.3. Igualdad.**

Todo ser humano debe ser reconocido como un igual ante la ley y disfrutar de todos **sus derechos**, sin discriminación por motivo de nacionalidad, raza o creencias (Constitución política, 1993).

### **2.5.4. Supremacía.**

La supremacía implica alcanzar el grado más alto en algo, situándose en él. El concepto alude a la superioridad o la preponderancia (Pérez, 2019).

### **2.5.5. Vulneración.**

Es la acción y resultado de vulnerar o vulnerarse, en perjudicar, dañar, deteriorar, fastidiar o afectar a una persona o que no se cumple a un precepto, ley o regla establecida (Alegsa, 2019).

## **2.6. Marco conceptual.**

### **2.6.1. Análisis de constitucionalidad del Decreto Supremo 168-2021-PCM**

Se parte de cuál es la finalidad de la creación del Decreto Supremo 168-2021-PCM, se tiene que la finalidad de la creación es para guiar una convivencia en el estado de emergencia sanitaria por la Covid – 19 y la modificación del artículo 8° del Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 159-2021-PCM, el Decreto Supremo N° 163-2021-PCM y el Decreto Supremo N° 167-2021-PCM, de la siguiente forma:

**Tabla 1** “Artículo 8.- Nivel de Alerta por Provincia y limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas 8.1 Apruébese el Nivel de Alerta por Provincia, conforme al siguiente detalle:

Nivel de Alerta Moderado	Nivel de Alerta Alto	Nivel de Alerta Muy Alto	Nivel de Alerta Extremo
Todas las demás provincias del Perú	Virú Huaura Mariscal Nieto Morropón Sullana Moyobamba Chincha	-	-

Fuente: Decreto Supremo N° 168-2021-PCM.

“8.2 Las limitaciones a la libertad de tránsito no aplican al personal extranjero debidamente acreditado en el Perú de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y representaciones de organismos internacionales, que se desplacen en el cumplimiento de sus funciones.

8.3 Las limitaciones a la libertad de tránsito no aplican a las actividades de construcción, operación, conservación, mantenimiento y, en general, toda aquella actividad directa o indirectamente relacionada con la Red Vial Nacional, Departamental o Vecinal, quedando excluidas del Estado de Emergencia Nacional, ya sea que esas actividades sean desarrolladas directamente por entidades de cualquiera de esos niveles de gobierno y/o por terceros contratados por ellos, incluyendo, pero no limitándose, a concesionarios o contratistas.

Para ello deberán cumplir con su Plan para la Vigilancia, Prevención y Control de la COVID-19 en el trabajo.

8.4 Es obligatorio el uso de una mascarilla KN95, o en su defecto una mascarilla quirúrgica de tres pliegues y encima de esta una mascarilla comunitaria (tela) para circular por las vías de uso público y en lugares cerrados, o en lugares donde no se pueda mantener el distanciamiento físico o corporal.

El Ministerio de Salud, en coordinación con otras entidades componentes del Sector Salud, realiza una vigilancia epidemiológica intensiva a fin de identificar cualquier incremento de casos localizados de personas afectadas por la COVID-19, y tomar medidas inmediatas de control.

8.5 Los infractores a las disposiciones sanitarias y las relativas al estado de emergencia nacional, que no hayan cumplido con pagar la multa impuesta por las infracciones cometidas durante el estado de emergencia nacional y demás normas emitidas para proteger la vida y la salud de la población por el contagio de la COVID-19, estarán impedidos de realizar cualquier trámite ante cualquier entidad del Estado; sin perjuicio de ello, las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad y estén debidamente registradas en los padrones de los programas sociales, así como, de los subsidios monetarios, entre otros, seguirán siendo beneficiarias de cualquier programa estatal de apoyo

económico, incentivos, alimentario y sanitario, recibiendo las prestaciones que les corresponda.

8.6 Dispóngase el fortalecimiento del control migratorio en la frontera norte del país, con la finalidad de dar estricto cumplimiento a la normatividad vigente sobre la materia (...).

Como se evidencia el artículo 8° y todos sus numerales señalan cuales son las salvedades que tienen ciertas personas, durante el estado de emergencia sanitario por el Covid – 19, para su desplazamiento dentro y fuera del territorio nacional, asimismo deben probar que se hayan vacunado por lo menos con dos dosis contra la Covid – 19, tanto para peruano como para extranjeros.

Ahora bien, respecto al artículo 2° que modifica el artículo 14° del Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, este señala lo siguiente:

“Artículo 14.- De las restricciones focalizadas

14.1 Hasta el 28 de noviembre de 2021, en las provincias que se encuentran en el nivel de alerta extremo, no se hará uso de las zonas de descanso de arena o piedras inmediatamente colindantes con el mar, de la zona de mar, ni de la ribera de ríos, lagos o lagunas, con las excepciones previstas en el artículo 13 del presente Decreto Supremo, según corresponda. Se permite la realización de deportes acuáticos sin contacto y con distanciamiento físico o corporal.

14.2 Según el Nivel de Alerta por Provincia, hasta el 28 de noviembre de 2021, las siguientes actividades económicas; así como, los templos y lugares de culto, tendrán el siguiente aforo (en todos los casos con protocolos y previa autorización de los gobiernos locales en el marco de sus competencias) (...).

Ahora bien, el artículo 14° y todos sus numerales hacen mención al uso obligatorio del carné de vacunación, así como el uso obligatorio de las dosis completas de vacunación contra la Covid – 19, señalando cuales son las obligaciones que deben seguir los ciudadanos peruanos y extranjeros que se encuentren dentro del territorio nacional para poder llevar una convivencia pacífica frente a la infección generalizada en todo el mundo.

Por último, en este análisis preliminar se tiene que los últimos artículos el 3° y el 4° hablan sobre la vigencia del Decreto Supremo la misma que es

desde el 15 de noviembre de 2021 y el referendo el cual señala que autoridades nacionales han apoyado para la creación del decreto supremo en análisis.

### **2.6.2. Cuestiones jurídicamente relevantes.**

Con fecha 13 de noviembre del 2021 se publicó el Decreto Supremo 168-2021-PCM, que modifica el Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de las personas a consecuencia de la COVID-19 (Sarcos Cov 2) y establece las medidas que debe seguir la ciudadanía en la nueva convivencia social; precisándose que en dicha modificatoria cabe resaltar el uso obligatorio del carnet de vacunación ya sea de manera física o virtual, en el que debe constar las dos aplicaciones de la vacuna encontrar de la Covid 19 para el ingreso de personas mayores de 18 años a centros comerciales, bancos, centro de recreación, cines, restaurantes, teatros, centros de pago de recibos de servicios básicos (agua, luz y gas), uso de servicio de transporte público de pasajeros, entre otros lugares de aglomeración de personas; ahora bien la norma bajo análisis exige la presentación obligatoria del carné de vacunación que otorga Ministerio de Salud del Perú.

En el artículo 14.5 del decreto en mención se tiene que señalar que para personas mayores de 45 años en los cuatro niveles de alerta es obligatorio para poder transportarse entre las departamentos, provincias y distritos haberse aplicado su dosis completa de vacunación y que eso conste en el carné respectivo.

De igual manera en el artículo 14.7, menciona que los trabajadores de una empresa que superen a 10 personas (trabajadores), solo podrán ir a trabajar

de manera presencial si ante de! Acreditan haberse colocado su dosis completa de vacunación.

Por último, se tiene que en el artículo 14.8, señala estrictamente la restricción para los trabajadores del sector público y privado que realicen el oficio de conductor y cobrador de vehículo de transporte público de pasajeros y del sector privado encargados del delivery de comida rápida, reparto de medicinas entre otros, solo podrán trabajar siempre y cuando estén con sus dosis completas de vacunación, esto es sus dos dosis y que cuenten con el carnet respecto.

### **2.6.3. Competencia del presidente de la república para la emisión de decretos supremos.**

Conforme suscribe la ley Nro. 29158, en su Artículo 7, el presidente de la República es el jefe del Estado, jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, personifica a la Nación, dirige y aprueba la política general del Gobierno en su calidad de jefe del Poder Ejecutivo. Indicando que sus demás atribuciones y funciones están establecidas en la Constitución Política del Perú y la ley. Señalando que en el Artículo 11 de dicha ley, se puede observar las Facultades normativas del presidente de la República, el mismo que le corresponde dictar los siguientes dispositivos, conforme al inc. 3. Decretos Supremos:

“Son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados por el presidente de la República y refrendados por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan. Los Decretos Supremos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo

disposición contraria del mismo, que postergue su vigencia en todo o en parte” (Ley. 29158).

Conforme a nuestro diseño constitucional se le otorga al presidente de la República iniciativa legislativa, pudiendo presentar proyectos de ley para que sean estudiados, discutidos y eventualmente aprobados por el Parlamento. Además, el presidente de la república tiene la potestad de presentar propuestas de ley ante el Congreso de la República para su estudio, discusión y de ser el caso, aprobación. Al documento formal que contiene una propuesta de ley a la cual se le denomina legislativa o proyecto de ley. los cuales deben contar con la aprobación previa del Consejo de Ministros y opcionalmente, con la anuencia del ministro o los ministros cuyas carteras se relacionen directamente con la materia que regula el proyecto, bajo determinados presupuestos el presidente de la República se encuentra facultado a generar normativa de rango legal diferente de las leyes emitidas por el Congreso de la República, este es el caso de los decretos legislativos y decretos de urgencia. Los proyectos de ley presentados en uso de la facultad atribuida en el artículo 105 de la CP deben ir acompañados con la solicitud de trámite “urgente”. Corresponderá al Congreso de la República dar atención preferente a los proyectos remitidos con este carácter.

El presidente de la República ejerce la potestad de reglamentar las leyes, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas a través de decretos supremos. siendo los decretos supremos normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Estos pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley, y deben ser rubricados por el presidente de la República y refrendados por uno o más ministros a cuyo ámbito de

competencia correspondan. Para la elaboración del decreto supremo se siguen las siguientes reglas:

- a) El proyecto de norma reglamentaria es elaborado por la entidad competente. Se tramita acompañado de la exposición de motivos, los informes, estudios y consultas realizados.
- b) Los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. No pueden transgredir ni desnaturalizar la ley. Se aprueban, dentro del plazo establecido, mediante decreto supremo, salvo disposición expresa con rango de ley.
- c) Los proyectos de reglamento se publican en el portal electrónico respectivo y por no menos de cinco (5) días calendario, para recibir aportes de la ciudadanía, cuando así lo requiera la Ley<sup>37</sup>.

Se debe tener en cuenta que, si bien el presidente de la República ejerce la potestad de reglamentar las leyes, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, es necesario tomar en cuenta que las entidades y organismos públicos que integran el Poder Ejecutivo también se encuentran facultadas para emitir normativa de carácter general. De esta manera los ministerios y los órganos públicos también tienen la facultad de generar normativa de alcance general a través de la emisión de resoluciones ministeriales, resoluciones jefaturales, entre otros dispositivos jurídicos.

Conforme nuestra carta magna en su artículo 118 este suscribe las atribuciones y obligaciones del presidente de la República las mismas que son:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.
2. Representar al Estado, dentro y fuera de la República.
3. Dirigir la política general del Gobierno.



4. Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República.
5. Convocar a elecciones para presidente de la República y para representantes a Congreso, así como para alcaldes y regidores y demás funcionarios que señala la ley.
6. Convocar al Congreso a legislatura extraordinaria; y firmar, en ese caso, el decreto de convocatoria.
7. Dirigir mensajes al Congreso en cualquier época y obligatoriamente, en forma personal y por escrito, al instalarse la primera legislatura ordinaria anual. Los mensajes anuales contienen la exposición detallada de la situación de la República y las mejoras y reformas que el presidente juzgue necesarias y convenientes para su consideración por el Congreso. Los mensajes del presidente de la República, salvo el primero de ellos, son aprobados por el Consejo de Ministros.
8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.
9. Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales.
10. Cumplir y hacer cumplir las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.
11. Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados.
12. Nombrar embajadores y ministros plenipotenciarios, con aprobación del Consejo de Ministros, con cargo de dar cuenta al Congreso.
13. Recibir a los agentes diplomáticos extranjeros, y autorizar a los cónsules el ejercicio de sus funciones.
14. Presidir el Sistema de Defensa Nacional; y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
15. Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado.
16. Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso.
17. Administrar la hacienda pública.
18. Negociar los empréstitos.
19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.
20. Regular las tarifas arancelarias.
21. Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria.
22. Conferir condecoraciones en nombre de la Nación, con acuerdo del Consejo de Ministros.
23. Autorizar a los peruanos para servir en un ejército extranjero. y

24. Ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan. (C.P.P.)

#### **2.6.4. Alcances de la interpretación.**

Como señala el Doctor Rubio Correa, la interpretación auténtica es

“Aquella que la autoridad que tiene la competencia para dictarla o derogarla realiza sobre la misma norma y siguiendo el mismo procedimiento que se adoptó para producirlo. Así, hay interpretación auténtica cuando el Congreso, mediante ley, interpreta una ley anterior o cuando el Poder Ejecutivo, mediante decreto supremo, interpreta un decreto supremo previo y así sucesivamente. La interpretación auténtica tiene plena fuerza vinculatoria” (2009).

De acuerdo con la interpretación autentica el día 13 de Noviembre de 2021 se publicó en el diario oficial el Peruano el Decreto Supremo 168-2021-PCM, el cual modifico el Decreto Supremo 184-2020-PCM, el mismo que en su artículo 14 señala el uso obligatorio del carné de vacunación con la dosis completa.

Como se aprecia tanto el Decreto Supremo 184-2020-PCM y el Decreto Supremo 168-2021-PCM, tienen el mismo rango constitucional esto es son decretos emitidos por el presidente de la república, en ambos casos se ha establecido un restricción a los derechos de los ciudadanos, por el contrario mediante el Decreto Supremo 168-2021-PCM, se establece una restricción coercitiva en el sentido del uso del carné de vacunación y que todo ciudadano mayor de 18 años tenga sus dosis completas, evidentemente esta condición en un sentido normativo señala que es el único método para poder desplazarse dentro del territorio nacional y gozar de los derechos que como ciudadanos tiene todos los miembros de un estado constitucional de derecho, imponiendo un método de interpretación sistemático que obliga a cada ciudadano a cumplir con esta norma.

En ese orden de ideas una de las causas para la creación del Decreto Supremo 168-2021-PCM, fue el estado de emergencia sanitaria, alto incremento de infectados por el virus, el índice de muertes y el índice de hospitalizados.

Respecto a ello se debe plantear la pregunta ¿Es válida creación y ejecución del Decreto Supremo 168-2021-PCM?, el cual va en contra de la constitución política del estado, fue necesario la implementación del uso obligatorio del carnet de vacunación y las dosis completas de las vacunas contra la Covid 19, en ese sentido la interpretación autentica, menciona que toda norma que sea creada no debe ir en contra de lo establecido jerárquicamente en la constitución política del estado sin importar cuan necesaria sea.

#### **2.6.5. La inconstitucionalidad Parcial del Decreto Supremo N° 168-2021-PCM.**

Ahora bien, se tiene que el Decreto Supremo N° 168-2021-PCM, tiene como finalidad la convivencia de la población tanto extranjera como nacional dentro del territorio nacional, en ese entender se debe señalar si los artículos que fueron modificados del Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, son acordes a la constitución política del estado peruano, es decir, si los artículos 14.5, 14.5, 14.6, 14.7 y 14.8 del Decreto Supremo 168-2021-PCM, si están acorde a la constitución política del estado o si por el contrario se evidencia una inconstitucionalidad del decreto.

El artículo 14.5 dispone que, los pasajeros del servicio de transporte interprovincial terrestre mayores de 45 años, en los cuatro (4) niveles de alerta, solo podrán abordar si acreditan su dosis completa de vacunación; en ese sentido es evidenciarse que al obligar a la población a ponerse una vacuna la cual no se tiene certeza científica que no tenga efectos secundarios dañinos mortales para la

salud, por el contrario se ha evidenciado que los efectos contrarios de la vacuna han causado malestares en sus portadores peores a los de la enfermedad, por lo cual al obligar a la población a vacunarse se está vulnerando su derecho a la salud.

El artículo 14.6, señala que a partir del 15 de diciembre de 2021, en los cuatro (4) niveles de alerta, los mayores de 18 años que deseen ingresar a espacios cerrados tienen que presentar su carné físico o virtual que acredite haber completado su vacunación contra la COVID-19 (...), de igual manera se evidencia que este artículo va en contra de las disposiciones y protecciones de la constitución política puesto que se está vulnerando el derecho a la igualdad de toda persona en un estado de derecho constitucional al obligar a la población a presentar de manera física o virtual un carnet de vacunación que en físico es un pedazo de cartulina o una hoja bond que no todos pueden tener y en el segundo caso tenerlo de forma virtual se evidencia plenamente la desigualdad y la discriminación dado que la mayoría de las personas que viven en el campo no tienen acceso a la tecnología o recursos tecnológicos para poder portar dichos carnés, por lo cual se evidencia que al ser una obligación esta va en contra de la constitución y su jerarquía constitucional.

El artículo 14.7, señala que a partir del 15 de diciembre de 2021, toda empresa con más de diez (10) trabajadores sólo podrá operar de manera presencial si todos sus trabajadores acreditan su dosis completa de vacunación, con esta prohibición se está afectando el derecho al trabajo de los ciudadanos peruanos y extranjeros que laburen dentro del territorio nacional por ende al solicitar de manera insistente y obligatoria casi coaccionando a la población trabajadora va en contra de todo lo que por siglos se ha venido prodigando

respecto a la protección del derecho al trabajo, el derecho a libertad de tránsito y el derecho a la igualdad los mismo que están estrictamente ligados con el derecho a la salud de todos los ciudadanos peruanos.

El artículo 14.8, señala que desde el 15 de diciembre de 2021, los choferes y cobradores de todo servicio de transporte público, así como los choferes que brindan servicios de delivery sólo podrán operar si acreditan su dosis completa de vacunación, de igual manera el numeral ocho señala la misma prohibición y obligatoriedad por parte del Poder Ejecutivo en imponer medio de vida a la población que no puede restringir la protección constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos, partiendo desde un punto de vista opresor sin importar lo que pueda pasar en la salud de su población por la aplicación de tantas dosis de vacunas en contra de la Covid – 19.

## **2.7. Identificación de los derechos vulnerados por el Decreto Supremo 168 - 2021-PCM.**

### **2.7.1. Concepto de derechos.**

Según la Real Academia Española los derechos fundamentales son:

“el derecho es inherente a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, son normalmente recogidos por las constituciones modernas asignándoles un valor jurídico superior” (Rae, 2021).

José Luis Cea señala que los derechos fundamentales son aquellos derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos del titular. Tales atributos, facultades o derechos son y deben ser reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos (Cea, 2002).

Ferrajoli, Luigi indica que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad para obrar. Entendiendo por derecho subjetivo la atribución de la norma jurídica al sujeto; y por status la condición del sujeto, prevista por la norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas (Ferrajoli, 1999).

De los conceptos recabados se deduce que los derechos son todos aquellos que son innatos al ser humano, en razón de del estatus que tiene como persona, sin importar alguna discapacidad que tenga, todos los derechos fundamentales deben estar protegidos por el ordenamiento jurídico de cada estado.

### **2.7.2. Características de los derechos fundamentales.**

Los derechos humanos son fundamentales para la convivencia humana, los mismos que se encuentran regulados por la justicia y la libertad, de ahí es que surgen las características de los derechos humanos que pueden resumirse en las siguientes:

- 1. Los derechos fundamentales Imprescriptibles.** - No se pierden por el simple paso del tiempo (Serrano y Velasquez, S.f).
- 2. Los derechos fundamentales son Inalienables.** - Implica una restricción de dominio de los derechos humanos, es decir, no se pueden vender ni transmitir la posesión o el uso de ninguna forma (Serrano y Velasquez, S.f).
- 3. Los derechos fundamentales son Indivisibles.** - Se encuentra estrechamente relacionada con el rechazo a cualquier posible jerarquización. Los Estados no están autorizados a proteger y garantizar una determinada categoría de derechos humanos en contravención de otra, sino que todos éstos merecen la misma atención y urgencia (Serrano y Velasquez, S.f).
- 4. Los derechos fundamentales son Interdependientes.** - Pone énfasis en la interrelación y dependencia recíproca entre las diferentes categorías de derechos (Serrano y Velasquez, S.f).

5. **Los derechos fundamentales son Integrales.** - Enfatiza la relación de los derechos en los actos violatorios, cuando se violenta un derecho es muy probable que también otros sean vulnerados (Serrano y Velasquez, S.f).
6. **Los derechos fundamentales tienen carácter absoluto.** - Los derechos humanos pueden desplazar cualquier otra pretensión moral o jurídica, colectiva o individual, que no tenga el carácter de derecho humano (Serrano y Velasquez, S.f).
7. **Los derechos fundamentales son Universales.** - Los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos. Como consecuencia, estos derechos son exigibles por todos los seres humanos en cualquier contexto político, jurídico, social, cultural, espacial y temporal (Serrano y Velasquez, S.f).

### 2.7.3. Clasificación de derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales se clasifican en:

#### I. Individuales.

Están compuestos por los derechos civiles y políticos, interés directo y personal, requiere de una tutela subjetiva de derechos y justiciabilidad indivisible (Sotillo, 2015).

#### II. Pluriindividuales.

Están compuestos por los derechos económicos y sociales, por los derechos individuales homogéneos, requieren de una tutela objetiva de derechos y tienen una justiciabilidad divisible (Sotillo, 2015).

#### III. Transindividuales.

Están compuestos por los derechos colectivos y difusos, tiene una tutela colectiva, tiene una justiciabilidad indivisible y son de legitimación extraordinaria (Sotillo, 2015).

Se tiene que los derechos individuales son aquellos que le reconocen y le dan una facultad a la persona de ejercer la libertad y respecto de la vida humana

y la dignidad de la misma, los que tuvieron sus inicios en el siglo XVII, en donde se señala que el estado, el poder político no pueden intervenir en la libertad individual de una persona, dado que si se vulneran estos deben tener una tutela subjetiva urgente por parte de los organismos encargados de su protección (Sotillo, 2015).

Los derechos sociales y económicos son aquellos derechos que presuponen una exigencia al estado para el desarrollo de actividades políticas, en las que una persona pueda ejercer su desarrollo integral y bienestar social, es decir el estado se encargue de la creación de trabajos, de la prestación de servicios de salud, educación y centros de esparcimiento entre otros (Sotillo, 2015).

Por último, se tiene a los derechos transindividuales, estos derechos mejor llamados derechos colectivos o difusos los cuales reconocen que todas las colectividades tienen derechos inherentes a su naturaleza, específicamente se relacionan con los derechos de los pueblos indígenas, comunidades nativas entre otros, los cuales determinan la libertad de estos para ejercer su jurisdicción en su entorno, dándoles facultades para ejercer sus propias instituciones y procedimientos (Sotillo, 2015).

#### **2.7.4. Derecho a la libertad.**

El derecho a la libertad personal o individual encuentra su regulación en la Constitución Peruana, que implica un amplio margen del actuar humano. Esto en base al principio de libertad, no está obligado a hacer lo que la ley no manda ni se encuentra impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Es decir, supone un



derecho hacer aquello que se quiera en tanto no este prohibida por el ordenamiento jurídico (Landa, 2017).

Los casos de restricción la Constitución Política del Perú señala lo siguiente:

- a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
- b) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo que la ley lo señale. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.
- c) No hay prisión por deudas. A excepción del incumplimiento de deberes alimentarios.
- d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley; ni sancionado con pena no prevista en la ley.
- e) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.
- f) Nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.
- g) Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.
- h) Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad (Art. 24°).

Desde tal la libertad personal supone el derecho a no ser sujeto de opresión, por ello es que se prohíbe la esclavitud, el trabajo forzoso o la servidumbre impuesta (literal b del inciso 24 del artículo 2 de la constitución). Así también supone el derecho al desarrollo de capacidades para alcanzar el desarrollo integral de la persona (artículo 44 literal a constitución). Dimensión que impone una serie de obligaciones al estado a fin de generar las condiciones

sociales, económicas, políticas y culturales que posibiliten ese desarrollo integral de la persona (Landa, 2017).

Es necesario mencionar que este derecho se relaciona con otros derechos fundamentales reconocidos en la constitución como el derecho a la libertad de tránsito, reunión, expresión, información, trabajo, educación, salud, entre otros.

#### **2.7.4.1. Libertad de Tránsito.**

La libertad de tránsito es la facultad de libre de desplazamiento, es el ejercicio del atributo de *ius movendi et ambulandi*. En otras palabras, supone la posibilidad de movilidad autodeterminada que tiene una persona en función de las necesidades y aspiraciones personales de cada uno, esto es en todo el territorio nacional, también implica una potestad de entrada y salida del mismo territorio nacional (Tc. Exp. N° 2876-2005- PH/TC, 2005).

De igual manera se tiene que el derecho a la libertad de tránsito es una característica del derecho individual que tiene toda persona, es decir, es un elemento conformante de la libertad y el libre desarrollo de toda persona, el tribunal constitucional señala que la libertad de tránsito se materializa cuando una persona usa las vías públicas o privadas de uso público, este derecho se puede ejercer únicamente de forma individual (Tc. Exp. N° 2876-2005- PH/TC, 2005).

De igual forma se encuentra plasmado en el artículo 2° inciso 11 de la constitución política del estado, el cual señala que toda persona tiene autodeterminación de desplazarse en el territorio nacional, salir de él y regresar sin que esto presente una vulneración de sus derechos fundamentales, el cual comprende el derecho a la libertad individual de toda

persona. También se menciona que este no es un derecho absoluto por el contrario su ejercicio depende de las condiciones de cada persona, es decir que existen limitaciones que la ley impone y la constitución prevé (González, 2018).

## **2.7.5. Derecho a la salud.**

### **2.7.5.1. Concepto de salud.**

La Organización Mundial de la Salud define a la salud como un estado de bienestar físico, social y mental, señalando que no solo se basa al concepto abstracto de ausencia de afecciones o enfermedades de una persona, la salud es algo estático que sirve para el libre desarrollo de la persona (1948).

### **2.7.5.2. Principios del derecho a la Salud.**

El derecho a la salud a nivel nacional tiene como principios los siguientes:

- 1. Universalidad.** Todos los pobladores del país (Perú), así como de todo el mundo tienen el derecho de gozar del derecho a la salud en todas y cada una de las etapas del desarrollo de su vida (Navarro, 2010).
- 2. Pro homine.** Este principio señala que cada una de las autoridades que se encuentren dentro el marco de protección del derecho a la salud, deben interpretar las normas que sean más favorables para la supervivencia de cada una de las personas (Navarro, 2010).
- 3. Equidad.** Este principio señala que cada estado debe optar por políticas públicas que cumplan la protección de la salud de las personas en todos sus niveles sin importar los recursos económicos

que estas cuenten, es decir de los grupos de escasos recursos, lo vulnerables y de cada uno de los sujetos de protección necesaria y obligatoria (Martínez, 1997).

4. **Continuidad.** Se señala que toda persona debe recibir los mismos servicios de salud que cualquier otra de manera continua, desde el comienzo de la atención hasta que esta termine sin que por motivos económicos sea interrumpida dicha atención sin trabas administrativas o de cualquier otra índole (Navarro, 2010).
5. **Oportunidad.** Cada uno de los servicios de salud que prestan las entidades públicas deben proveerse de manera inmediata y sin dilaciones que puedan afectar la salud de las personas (Navarro, 2010).
6. **Prevalencia de derechos.** La implementación de medidas correctas para la protección y garantismo de la atención integral para los niños, niñas y adolescentes, así como de cualquier ciudadano, en cumplimiento de lo establecido en la constitución política del estado (Navarro, 2010).
7. **Progresividad del derecho.** Cada estado deberá aplicar gradualmente y continuamente el acceso a las tecnologías y servicios de salud, mejorando su calidad del servicio, la aplicación del servicio y sobre todo el mejoramiento de la atención de los profesionales, este principio señala que se deben eliminar las barreras culturales y de cualquier índole cuando se trate de la prestación de servicios de salud (Martínez, 1997).

- 8. Libre elección.** Este principio señala que cada persona es libre de decidir en qué centro o entidad de salud desean atenderse sin que ello implique que no sean atendidos de manera correcta por parte del personal de salud (Martínez, 1997).
- 9. Sostenibilidad.** El estado debe disponer de todos los mecanismos y medios necesarios que la Ley faculte para orientar los recursos necesarios y suficientes para la satisfacción de todos los ciudadanos para ejercer debidamente su derecho a la salud de conformidad a la constitución de cada estado (Navarro, 2010).
- 10. Solidaridad.** Se señala que la solidaridad como principio del derecho a la salud, detalla que las personas de mutuo acuerdo de apoyaran entre si (Martínez, 1997).
- 11. Eficiencia.** Se debe implementar de manera eficiente la utilización económica y social de cada uno de los recursos brindados por el estado para garantizar el derecho a la salud de la población que depende de ellos (Navarro, 2010).
- 12. Interculturalidad.** Este principio señala que en un estado intercultural se debe buscar los mecanismos necesarios para brindar la mayor calidad de atención en el sector salud a toda su población sin impedimento alguno esto es sin importar la lengua y cultura que estos profesen, para lo cual se debe partir de saberes, practicas, medios tradicionales para lograr la mayor atención (Navarro, 2010).

## **2.7.6. Derecho a la igualdad.**

### **2.7.6.1. Igualdad como principio.**

Como lo señala el Tribunal constitucional en el expediente N° 0261-2003 - AA/TC., el derecho de igualdad se debe observar desde dos puntos de vista, el primero indica que el derecho de igualdad es un principio que organiza y da actuación al estado de derecho, y como segundo punto de vista indica que es un derecho fundamental de toda persona (Exp. N° 0261-03-Lima, p. 6).

La igualdad como derecho y principio es el núcleo de un estado constitucional democrático, es decir toda persona tiene derecho de ser tratada de igual manera que los demás en relación a derechos y deberes, lo cual implica ser tratado igual ante hechos, acontecimientos y situaciones de ley, con lo cual este derecho busca que no existan tratos desiguales o arbitrarios entre los sujetos (Exp. N° 0261-03-Lima, p. 6).

El derecho de igualdad es el principio que da el derecho a todas las personas que tienen una condición idéntica, lo que da entender que existe una coincidencia por la naturaleza, la cantidad, circunstancias y hechos lo cual indica que no existe ningún modo de poder excluir a una persona o grupo de personas, es decir no se pueden crear derechos que protejan a solo un grupo personas o una sola sin importar las razones que existan para la creación de dichos derechos; la igualdad señala que:

- “La abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable.
- la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas” (Exp. N° 0261-03-Lima, p. 7).

El derecho de igualdad funciona de acorde con los derechos fundamentales, las atribuciones y facultades que tiene el estado, es decir este derecho asegura que la persona tenga un real ejercicio de la igualdad como

de los otros derechos fundamentales que se encuentran en la constitución de cada estado (Exp. N° 0261-03-Lima, p. 7).

En sentido puro del derecho se puede decir que el derecho de igualdad se da de la siguiente manera:

- “Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos.
- Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder.
- Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona).
- Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad entre los hombres” (Exp. N° 0261-03-Lima, p. 7).

Este derecho se perfecciona de forma formal cuando el estado se abstiene de crear y publicar dispositivos legales que su fuente de creación sea arbitraria o por el simple hecho ser caprichosa, en el ámbito formal de derecho se entiende que este derecho da a todas las personas las oportunidades necesarias para desempeñarse en un estado de derecho, existiendo dos requisitos para que el derecho de igualdad se pueda dar los cuales son:

- “Paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes; y
- Paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva, para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones” (Exp. N° 0261-03-Lima, p. 6).

La igualdad se encuentra ligada estrechamente con la no discriminación, en el sentido que toda persona tiene derecho a no ser discriminado jurídicamente por ningún motivo, es decir que ninguna

persona puede ser tratada de manera diferente en situaciones que sean iguales a las de otras personas, pero este derecho indica que hay una excepción la cual es si es que existe una justificación razonable, real y objetiva para que esta persona o grupo de personas sea tratada de diferente manera; en este contexto se evidencia que existe una grave contravención al derecho de igualdad cuando se crean leyes y aún más en la aplicación de dichas leyes por los operadores de justicia ya sea con el fin de dividir a la sociedad de forma económica, política, cultural y social o a un sola persona; el cambio o la transgresión de la noción del derecho de igualdad se da cuando el legislador al crear la norma ya sea en su interpretación jurídica o en la aplicación de la misma, esta no cumple con el fin por el que fue creada si no que tiene consecuencias jurídico – sociales, diferentes entre un grupo de personas o un individuo y otro individuo, en conclusión la desigualdad se origina por medio de los derechos, deberes, facultades o sanciones distintas aunque las situaciones en las cuales el individuo actuó sean idénticas a las de otra persona en un proceso judicial (Exp. N° 0261-03-Lima, p. 8).

#### **2.7.6.2. La igualdad como derecho.**

Se entiende que la igualdad como un derecho involucra la prohibición de la discriminación en todos los extremos de una sociedad, teniendo como base si existen situaciones de similitud, es decir que existan hechos similares en hechos realizados por dos sujetos diferentes.

Como mencionan Gutiérrez & Sosa (2013), la igualdad tiene un valor como derecho constitucional con el fin de tener un trato proporcional ante cualquier hecho o situación siempre y cuando estos hechos o situaciones sean equiparables; la igualdad como derecho se encuentra dentro del derecho



subjetivo el cual indica que no debe haber ningún tipo de discriminación, para que se pueda en todo caso hacer una distinción entre dos personas que han realizado un hecho similar se tiene que acreditar que el hecho es constitucionalmente razonable y objetivo (p.103).

Internamente se tiene al Tribunal Constitucional el cual ha indicado que la igualdad ante la Ley no se basa en la existencia de leyes o normas que sean diferentes para los individuos, indicando que se verifiquen ciertos criterios para que pueda realizar dicha distinción:

- “La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación;
  - La acreditación de una finalidad específica; y
  - La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales”.
- Se tiene que la igualdad no solo es un derecho fundamental del ser

humano, sino que también se encuentra como un principio rector que rige a todos los estados democráticos, también a las organizaciones sociales y sobre todo a los poderes del estado, se debe indicar que no toda desigualdad ante la norma es una discriminación, puesto que la misma norma indica que en ciertas circunstancias se puede vulnerar este derecho siempre y cuando se cumplan los criterios de ley, en ese sentido se entiende que la igualdad se podría vulnerar cuando exista un trato desigual y que este trato no tenga una justificación razonable y objetiva. (STC 00009-2007-PI/TC, fundamento 20).

### **2.7.6.3. Noción básica de igualdad en la aplicación de la ley**

El concepto de igualdad en la ley está dado por el mandato del legislador el cual está dado por las prescripciones del derecho es decir el legislador debe tratar de igual forma a los que son iguales y de diferente forma a los desiguales, en cambio se aprecia que la igualdad en la aplicación

de la ley, se describe como la igualdad direccionada hacia el legislador; es decir el legislador nuevamente debe dar un trato de la misma forma a los iguales y dar un trato diferente a los desiguales; por lo cual el órgano jurisdiccional debe tener un trato diferente en cada supuesto es decir tratar igual a los iguales y un trato desigual con los otros, es a lo que los doctrinarios llaman noción de igualdad en la aplicación de la ley (Díaz, 2012, p.40).

Como indica Díaz (2012), el concepto de igualdad ante la ley tiene muchos vacíos, es decir en la igualdad ante la ley no se debe esbozar límites para los legisladores y que estos puedan justificar las desigualdades, se evidencia que no existe una garantía con la cual se pueda acreditar que los legisladores traten igual a todos un ejemplo claro se da en los sistemas de esclavitud que se dieron en los siglos pasados (p. 42).

Para poder tener en cuenta el párrafo anterior de se debe tener en claro que es lo igualitario y que es lo desigual, es decir se tiene que determinar por qué el juzgador (legislador) debe tratar a una persona igual que a la otra o de diversa forma, valga la redundancia de forma igual o de forma desigual, esto sirve para poder precisar en qué radica la igualdad en la aplicación de la ley ante los individuos (Díaz, 2012, p.42).

Como menciona Cuenca Quiroz (2019), para saber que es la igualdad en la aplicación de la ley, se debe tomar en cuenta a la doctrina y a la jurisprudencia que expresan una diferencia entre igualdad ante la ley e igualdad en la ley, se indica que la primera da a conocer que la norma debe ser aplicada de igual manera a todos los individuos que se encuentren dentro de los supuestos de la norma, y la segunda indica que el legislador no puede

ni debe alterar, modificar o varias su decisión en un proceso que tenga sustancialmente iguales hechos, se da una alternativa al juzgador cuando este siente que su imparcialidad se encuentra comprometida, el juzgador debe apartarse del proceso (p. 43).

Es así que el tribunal constitucional ha indicado que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley se concreta en garantizar la aplicación de las normas y las leyes en casos que tengan hechos análogos, es decir los sentenciados tendrán una sentencia que anide en procedimientos específicos que necesiten una base objetiva y razonable para su uso; es así que se verifica que los órganos judiciales cuando aplican la ley, estos no deben darle una consecuencia jurídica distinta a dos o más hechos que tengan las mismas características es decir a dos hechos que sean iguales, al contrario la ley y la norma se deben ser aplicadas de forma igualitaria a todas las personas o individuos que están en el mismo escenario, sin que el juzgador haga una diferencia tanto por las personas o por los hechos que se encuentren en el contexto de la ley (Cuenca, 2019, p. 44).

#### **2.7.6.4. Derecho a la igualdad en la constitución política del estado peruano**

En la constitución política del estado peruano de 1993, se encuentra el derecho a la igualdad el cual se encuentra redactado de la siguiente forma “Derechos de la persona: A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole” (Art.2).

Como menciona Huerta Guerrero, se puede verificar que en el artículo 2 de la constitución solo hace referencia que el derecho a la igualdad solo se basa en el derecho de igualdad ante la Ley y a la prohibición taxativa

discriminación, de igual manera indica que en el texto del mismo se presentan una serie de omisiones y deficiencias puesto que no se reconoce el derecho a la igualdad de las personas y que dichas omisiones son las siguientes:

- No existe un reconocimiento general del derecho a la igualdad, sino sólo una referencia al derecho a la igualdad ante la ley, que es una de sus manifestaciones;
- No existe una mención a la obligación del Estado de adoptar medidas a efectos de lograr una igualdad material, a favor de las personas que se encuentran en una situación de desigualdad (Huerta, 2003. P. 309).

Las omisiones antes advertidas no son un impedimento para que la jurisprudencia indique cual es el alcance del derecho a la igualdad de las personas o que el estado a través de sus respectivos órganos pueda tomar las medidas correspondientes para buscar la igualdad material, se debe lograr que el contenido del artículo 2 de la constitución sea el texto normativo adecuado y que desarrolle los dos aspectos que se han mencionado para que el contenido y el alcance del derecho a la igualdad sea entendible y no se preste a erróneas interpretaciones (Huerta, 2003. P. 309).

#### **2.7.6.5. La igualdad en la jurisprudencia nacional**

En la jurisprudencia peruana se ha tocado el derecho de igualdad en reiteradas oportunidades teniendo como conceptos los siguientes:

El tribunal constitucional, señala que el derecho a la igualdad es un derecho que se encuentra regulado en la legislación peruana el cual se basa en la dignidad del ser humano (persona), esto se encuentra en el artículo uno de la constitución policía el cual señala que se debe defender a la persona y respetar su dignidad puesto que antes son el fin del estado peruano; por lo que al ser un derecho fundamental plasmado en la carta magna peruana no

hace distinción entre varón y mujer, les da el mismo grado de derechos a ambos (EXP N° 01604-2009-PA/TC-Lima, p. 2).

Asimismo, el tribunal constitucional en mayo 30 del 2011, señala que la igualdad es un derecho fundamental el cual está consagrado en el artículo dos de la constitución política del estado teniendo como texto normativo el siguiente: “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”, el texto normativo nos demuestra que el derecho de igualdad no quiere decir que las personas no pueden reclamar se iguales a las demás personas si no que este derecho indica que una persona debe ser tratada igual que otra siempre y cuando se encuentren en una situación equivalente (EXP. N.º 03525-2011-Ayacucho, f. 4).

Hace mención que en este derecho existen dos aspectos, el primero que es la igualdad ante la ley y el segundo que es la igualdad en la ley; la igualdad ante la ley indica que las leyes y normas deberán ser impuestas de la misma forma para todos siempre y cuando las personas se encuentren en la misma situación que describe la norma o ley, respecto a la igualdad en la ley el tribunal indica que se da cuando el legislador en un caso sustancialmente idéntico no puede cambiar la decisión tomada sin que esta sea arbitraria, si se presenta que el legislador siente que su decisión puede ser arbitraria el debería apartarse para no cometer una vulneración de principios fundamentales, asimismo el legislador debe dar las razones y los fundamentos para que sea apartado del caso (EXP. N.º 03525-2011-Ayacucho, f. 4).

La igualdad no solo es un derecho fundamental que tiene una persona, por el contrario, es un principio rector de un estado democrático y social de derecho que se encuentra representado por los poderes públicos, por tanto, si existe una desigualdad en ciertos casos no necesariamente quiere decir que exista una discriminación, solamente se podrá probar que existe una desigualdad en un caso por parte del legislador siempre y cuando la desigualdad no tenga un fundamento razonable y objetivo por el cual el legislador realizo la distinción, el tribunal por ultimo señala que el derecho de igualdad no descarta la aplicación de la desigualdad puesto que cuando se hace una distinción de forma razonable y objetiva el legislador ha obrado de manera correcta (EXP. N.º 03525-2011-Ayacucho, f. 4).

## **2.8. Hipótesis de la investigación.**

Los derechos vulnerados por la inconstitucionalidad del decreto supremo 168-2021-PCM son:

1. El derecho a la libertad de tránsito.
2. El derecho a la salud.
3. El Derecho a la igualdad.

## **CAPITULO III**

### **METODLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **3.1. Tipo de Investigación**

La investigación es de tipo Lege Data, es decir, de tipo básico, puesto que la misión es identificar los derechos vulnerados por el Decreto Supremo 168-2021-PCM.

##### **3.1.1. Por la Finalidad.**

La investigación planteada por su finalidad es básica, por lo que busca recopilar y obtener información que aportará conocimiento sobre el problema a investigar.

##### **3.1.2. Por el Enfoque**

El enfoque de la investigación es cualitativo dado que servirá para poder identificar los derechos vulnerados por el Decreto Supremo 168-2021-PCM. permitiendo analizar de manera significativa cada objetivo específico de la realidad problemática que se estudia (Mata, 2019).

Se recolectó información a través de fichas de observación documental y recojo de datos. Se desarrollaron conceptos y comprensiones partiendo de pautas de datos y no recogiendo datos para evaluar modelos, hipótesis o teorías preconcebidas (Coba, Tantaleán y Sánchez, 2015, p. 12).

##### **3.1.3. Por el Nivel**

El nivel es descriptivo, la investigación descriptiva se usará para analizar la información relevante que se encuentra en contraste a la presente investigación.

#### **3.2. Diseño de investigación**

El diseño es no experimental, se realizó sin manipular deliberadamente variables. Se observó el fenómeno como tal y como se da en su contexto natural, independiente y dependiente. La búsqueda fue empírica y sistemática en la que no se poseyó control de variables (Coba et al., 2015, p. 12

### **3.3. Área de investigación**

La investigación se encuentra en el área constitucional, dentro de la línea de los derechos fundamentales.

### **3.4. Dimensión temporal y espacial**

El diseño fue transversal porque se estableció en un momento único, el espacio fue en el territorio nacional en el 2021.

### **3.5. Unidad de análisis, población y muestra**

La unidad de análisis es la legislación peruana en materia de constitucionalidad de las normas, no existiendo población ni muestra en la investigación.

### **3.6. Métodos**

Se desarrollo el método dogmático el cual describe, analiza, interpreta y aplica normas jurídicas; para lo cual se estudia las normas jurídicas, elabora conceptos y métodos para construir instituciones y un ordenamiento dinámico, ayuda a la producción y creación de otras nuevas normas, las interpreta y aplica, contribuye a regular con ellas comportamientos humanos y a resolver conflictos, se realizará un análisis documentario, jurisprudencial y doctrinario de las normas vigente que protejan a la supremacía de la constitución política del estado (Díaz 1998, p.158).

En la investigación realizada se usó el método dogmático con la observación documental para el análisis del Decreto Supremo 168-2021-PCM y evidenciar su



estructura normativa, asimismo se utilizó la ficha de recojo de información con la finalidad de ubicar los artículos relacionados con la vulneración de los derechos constitucionales del ser humano, por último se utilizó la ficha bibliográfica para consignar los libros, informes, artículos y ensayos relacionados a la aplicación y uso del Decreto Supremo 168-2021-PCM, el método se aplicó con las teorías que fundamentaron la investigación correlacionadas con el test de proporcionalidad, análisis e interpretación de la norma constitucional.

### **3.7. Técnicas de investigación**

Las técnicas que se utilizaron son la observación, análisis documental y encuestas.

#### **3.7.1. Observación Documental**

La observación documental permite la organización, interpretación, selección y análisis de información de un objeto de estudio, teniendo en cuenta las fuentes documentales que sirven para la recolección de información (Montagud, S.f).

#### **3.7.2. Investigación Bibliográfica**

Es una técnica cualitativa que se encargó de explorar todo aquello que se haya escrito acerca un determinado tema o problema (Montagud, S.f).

### **3.8. Instrumentos de Recolección de Datos**

En la investigación utilizo lo siguiente:

#### **3.8.1. Ficha de Observación y Análisis Documental**

Servio para la recolección de datos necesarios para la investigación.

### **3.9. Técnicas para el Procesamiento y Análisis de la Información**

Se utilizó las observaciones documentales y la investigación bibliográfica para recolectar la información necesaria para fundamentar la investigación.

### **3.10. Aspectos Éticos**

La investigación es completamente original, asimismo las ideas, párrafos o frases de los autores citados fueron correctamente citados de acuerdo a las normas APA séptima edición las mismas que rigen todo tipo de investigaciones en derecho y otros campos. De igual manera los datos que recopilados han sido netamente utilizados para el desarrollo de la investigación.

### **3.11. Limitaciones de la investigación**

Por el motivo de la pandemia, no se pudo acceder a todas las fuentes documentales físicas, por lo que se han tomado fuentes digitales para la elaboración, desarrollo y finalización de la tesis planteada.

### **3.12. Operacionalización de Variables.**

## **CAPITULO IV.**

### **DERECHOS VULNERADOS POR LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO SUPREMO 168-2021-PCM**

#### **4.1 Vulneración del derecho a la libertad de tránsito, derecho a la salud y derecho a la igualdad por la inconstitucionalidad del Decreto Supremo 168-2021-PCM**

De la investigación realizada se tiene que el derecho a la libertad de tránsito, el derecho a la salud y el derecho a la igualdad, son vulnerados a causa de la aplicación actual del Decreto Supremo 168-2021-PCM, dada la imposición de la aplicación obligatoria de la inoculación de todas las dosis de vacuna contra la Covid-19 y el uso obligatorio del carné de vacunación para poder transitar, desplazarse, ser atendido en centros de salud, ingreso a centros de primera necesidad, dado que no existe una razonable, constitucional y lógica limitación de los derechos constitucionales por parte del Poder Ejecutivo (presidente de la república), para crear una norma que por el contrario salvaguardar los derechos de todos los ciudadanos solo busca limitar los derechos de los mismos haciendo pensar a la ciudadanía que las vacunas contra la Covid – 19, no tienen efectos secundarios graves, creando una serie de Decretos Supremos que solo buscan establecer guías, pautas para una convivencia cordial en época de pandemia o en este caso en un estado de emergencia sanitaria.

Al vulnerarse el derecho a la libertad de tránsito al impedir que las personas que no tiene sus dosis completas de vacunación y portar el carné de vacunación obligatorio para poder laburar en sus centros de labores está impidiendo que esta persona se desarrolle libremente en su entorno laboral, afectando su economía personal y familiar, estado no se ha puesto pensar que al impedir el libre desarrollo

de una persona en el sentido del derecho al trabajo causando que la economía nacional cada día vaya disminuyendo y la manutención de todas las familias trabajadoras de estatus pobre, medio pobre y medio se van gravemente afectados es por ello que el artículo 14 hacia adelante del Decreto Supremo 168-2021-PCM, es inconstitucional dada su vulneración a este derecho fundamental de toda persona que tiene conexiones con otros derechos.

Se vulnera el derecho a la salud con la aplicación del Decreto Supremo 168-2021-PCM, dado que al imponerse la vacunación obligatoria en la actualidad de tres dosis desde los 5 años de edad como requisito indispensable para poder convivir en sociedad y poder realizar actividades netamente del ser humano se está directamente cometiendo el delito de discriminación tipificado en el artículo 323° del código penal peruano el cual establece:

**“El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley<sup>1</sup> (...)”.**

Se evidencia que existe una vulneración clara y precisa del derecho a la salud, toda vez que al no tener una certeza de protección por parte del Decreto Supremo 168-2021-PCM, el cual en su estructura misma no señala cuales son los efectos secundarios de las vacunas obligatorias que está sometiendo el estado peruano sin importar cuantas personas puedan ser alérgicas a dichas vacunas las están inoculando sin importar los resultados, es decir, no se tiene certeza con una base estadística realizada por alguna entidad pública que señale que las vacunas a nivel nacional no tengan efectos secundarios graves en la ciudadanía peruana por el

---

<sup>1</sup> La negrita es nuestra.

contrario solo se basan en estudios realizados en países de centro América, Europa y Asia, con lo cual no se puede tener una certeza de que medicamentos o vacunas están colocando el cuerpo de un peruano, por ello es que no se debe discriminar y vulnerar el derecho a la salud de una persona, dado que la misma constitución protege a cada uno de los ciudadanos que no quieran ser obligados a realizar actos que vayan en contra de su propio desarrollo personal como es en el presente caso.

En ese mismo orden de ideas el Ministerio de Salud, ha publicado con fecha 23 de Febrero de 2022, a través de la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (DIGEMID), el resultado del análisis de la aplicación de las vacunas contra la Covid 19, esto es desde el periodo comprendido del 09 de Febrero de 2021 hasta el 31 de Diciembre de 2021; se inmunizo con 50,695,207 dosis a ciudadanos peruanos como extranjeros, registrando un total de 31,760 casos de efectos secundarios entre leves, moderados y graves, se señaló que las vacunas con ESAVI<sup>2</sup> fueron la vacuna Sinopharm con un total 17,700 efectos secundarios, la vacuna Pfizer con un total de 11,938 efectos secundarios y por ultimo la vacuna

**Tabla 2** Número y tasa de notificación de reportes con ESAVI por tipo de vacuna

Nombre de la vacuna	Nro. de dosis administradas	Nro. de reportes de ESAVI	Tasa de notificación / 100 000 dosis administradas
Sinopharm	18 585 362	17 700	95,2
Pfizer	28 068 942	11 938	42,5
AstraZeneca	4 040 903	2 122	52,5
<b>Total</b>	<b>50 695 207</b>	<b>31 760</b>	<b>62,6</b>

Fuente: Base de datos nacional de farmacovigilancia - Elaborado por el CENAFyT

Fuente: Digemid

<sup>2</sup> ESAVI. - Se define como cualquier ocurrencia médica adversa que se produce después de la inmunización.

AstraZeneca con un total de 2,122 personas con efectos secundarios, como se muestra en la siguiente tabla:

Es así que el derecho a una buena salud se ha visto vulnerado por el mismo gobierno central de la República, al obligar a la vacunación de toda la población y aun más a cada persona o ciudadano sin importar su nacionalidad de portar las dosis completas de vacunación para desplazarse o gozar de los derechos que por mandato constitucional goza cada persona, ahora bien ese mismo estudio ha señalado que las personas de sexo femenino son más proclives a padecer los efectos secundarios con mayor incidencia entre las edades de 39 a 50 años siendo un total de 13,412 mujeres que han padecido efectos secundarios entre leves, moderados y graves, en esa misma correlación se tiene que en el mismo rango de edades de 39 a 50 años, 5,723 hombres se han visto afectados por los efectos secundarios agresivos y adversos, el Digemid mediante una tabla ha expresado el índice de edad de las personas afectadas con los efectos secundarios del Covid – 19:

**Tabla 3 Distribución de los reportes de ESAVI por grupo etario y sexo**

Grupo etario	Sexo			Total	Porcentaje (%)
	Femenino	Masculino	Desconocido		
Adolescente (12 a 17 años)	380	265	5	650	2,0
Joven (18-29 años)	3 320	1 516	7	4 843	15,2
Adulto (30-59 años)	13 412	5 723	35	19 170	60,4
Adulto mayor (60 a más años)	4 151	2 654	13	6 818	21,5
Desconocido	174	84	21	279	0,9
<b>Total</b>	<b>21 437</b>	<b>10 242</b>	<b>81</b>	<b>31 760</b>	<b>100</b>
	<b>67,50%</b>	<b>32,30%</b>	<b>0,20%</b>		

Fuente: Base de Datos Nacional de Farmacovigilancia. Elaborado por CENAFyT

Fuente: Digemid

En el análisis realizado por el Digemid indica que los efectos secundarios leves producidos por la inoculación de las vacunas en contra de la Covid – 19, se dieron en un total de 24,236 personas, en los casos de efectos moderados ascienden

a un total de 7,436 personas y 87 personas como efectos secundarios graves, en cualquiera de los casos se observa una tasa alarmante de la efectos secundarios producidos por la vacunación sin tener un plan de contingencia a nivel nacional, el derecho a la salud se ha visto vulnerado y mermado de una manera estrepitosa, es decir el mismo Ministerio de Salud ha reconocido que han tomado a la población Peruana y a los extranjeros que se encuentran dentro del territorio nacional como conejillos de indias, es así que se evidencia que dentro del espacio temporal del 09 de Febrero de 2021 hasta el 31 de Diciembre de 2021, se han presentado un incremento exponencial de casos de infectados por la Covid – 19, asciendo un total de 2,278,807 millones de casos infectados (Minsa, 2021), con lo cual se evidencia que el estado ha estado haciendo creer a la población que al vacunarse se verá protegido contra la Covid – 19, solo ha mentido y ocultado los efectos secundarios de dichas vacunas, con ello aumentando el número de personas contagiadas y posteriormente de fallecidos, sin tener en mente un principio supremo protegido por el derecho internacional y nacional que es el derecho a la salud.

Tabla 4

**Tabla 4. Distribución de los ESAVI mayormente reportados de las vacunas contra la COVID-19**

N.º	Evento adverso (PT)	Total	Porcentaje (%)
1	Cefalea	12 025	18,2
2	Dolor en la zona de vacunación	10 222	15,5
3	Pirexia	4 374	6,6
4	Malestar	3 909	5,9
5	Mareo	3 123	4,7
6	Somnolencia	2 794	4,2
7	Dolor en una extremidad	2 416	3,7
8	Náuseas	2 363	3,6
9	Mialgia	1 921	2,9
10	Escalofríos	1 817	2,8
11	Fatiga	1 807	2,7
12	Diarrea	1 480	2,2
13	Artralgia	1 172	1,8
14	Vómitos	944	1,4
15	Dolor de espalda	773	1,2
16	Parestesia	732	1,1
17	Dolor orofaríngeo	736	1,1
18	Dolor	593	0,9
19	Dolor torácico	519	0,8
20	Prurito	547	0,8
21	Presión arterial aumentada	491	0,7
	Otros	11 209	17
	<b>Total</b>	<b>65 967</b>	<b>100</b>

Fuente: Base de datos nacional de Farmacovigilancia. Elaborado por el CETP: termino preferido

Fuente: Digemid

Cabe resaltar que la constitución política del estado, establece claramente que los artículos II, VI y XII del título preliminar de la Ley 26842 (Ley General de Salud), señalan que el derecho a la salud es uno de los derechos de mayor interés público y que el estado tiene la responsabilidad de vigilar, promover y regular cada una de las condiciones que establezcan la cobertura de cada una de las prestaciones de los servicios de salud, esto es de manera oportuna y de calidad (Art. 137), es decir que el estado tiene la obligación de antes de obligar a la población a la inoculación con las vacunas para la Covid – 19, observar cuales son los efectos secundarios, cuales son las consecuencias sanitarias de su uso, en ese sentido el estado no ha cumplido con la debida protección de derecho a la salud sino por el contrario ha contribuido con que un gran porcentaje de la población se haya visto perjudicada con los efectos secundarios negativos.

Por ultimo en relación al derecho a la igualdad de una personas ante la ley se tiene que este derecho se correlaciona perfectamente con los otros dos derechos ya mencionados es decir al vulnerarse el derecho a la libertad de tránsito y al derecho a la salud se ésta vulnerando plenamente el derecho a la igualdad de una persona en un estado constitucional de derecho toda vez que la misma constitución protege el derecho a la igualdad y lo define como aquel derecho que faculta a una persona a ser tratada de manera idéntica o parecida a otras personas sin importar su estatus económico, social, raza, sexo, inclinación sexual, etcétera, por lo cual cualquier norma que sea creada dentro de un estado de derecho debe ir siempre acorde a la naturaleza de su protección o fin de creación, en el presente caso materia de análisis se tiene que el Decreto Supremo 168-2021-PCM, no ha sido creado pensando específicamente en la protección de los derechos fundamentales de las personas por el contrario fue creado solo con la finalidad de controlar o



frenar a la colectividad que se ha dejado guiar o influenciar por los medios periodísticos que han generado una inestabilidad política y social, señalando que si las personas no se vacunan no pueden tener una vida normal, básicamente buscando el rechazo y repudio por personas que no quieren inocularse con las dosis de vacuna en contra de la Covid – 19, generando miedo en la población que al tener sus vacunas y su carné de vacunación no puede acceder a los beneficios que como ciudadanos de una estado constitucional de derecho gozan, por ende se tiene que existe una inconstitucionalidad remarcada del Decreto Supremo 168-2021-PCM, en el estado de derecho que se encuentra el país actualmente.

#### **4.2. Proporcionalidad del Decreto Supremo 168-2021-PCM.**

El test de proporcionalidad realizado en la investigación, se basó en la verificación si el Decreto Supremo 168-2021-PCM, transgrede normas constitucionales y si crea una grave afectación de los derechos fundamentales.

Los pasos que se siguieron en el método de ponderación es determinar si la medida resulta constitucional, justificada y proporcional por lo cual se siguieron los siguientes pasos:

- a) Que se sustente en un fin legítimo o constitucionalmente reconocido;
- b) Que sea una medida idónea para alcanzar el fin perseguido;
- c) Que la intervención lesiva del bien o derecho afectado sea necesaria por no existir otra medida menos gravosa que conduzca a la misma finalidad;
- d) Que sea proporcionada en sentido estricto, evaluando si existe equilibrio entre los beneficios que se obtienen respecto del bien protegido (la protección de derechos fundamentales) y el daño o

restricción ocasionados al derecho limitado (libertad de tránsito e igualdad).

**A. Fin legítimo.**

La protección de los derechos fundamentales es estrictamente relacionada a con el derecho a la vida humana, teniendo su fundamento de protección en el artículo 2° de la carta magna nacional, asimismo se tiene que los derechos fundamentales están protegidos por normas internacionales como son La carta internacional de derechos humanos, la declaración universal de derechos humanos de 1948, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, el pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966.

**B. Idoneidad o adecuación.**

En el análisis se puede señalar que si bien es cierto existe una contraposición entre el derecho a la seguridad pública (protegido por el Decreto Supremo 168-2021-PCM) y los derechos a la libertad de tránsito, derecho a la salud y el derecho a la igualdad (protegidos por la constitución política del estado peruano), los derechos no son absolutos, es decir, se ve la idoneidad de la aplicación del artículo 14.6 del Decreto Supremo 168-2021-PCM o si por el contrario este artículo es inconstitucional, en ese sentido se tiene que la idoneidad es el medio empleado y el fin propuesto.

En la investigación se ha determinado que la presentación obligatoria del carné de vacunación contra la Covid-19, si bien es cierto tiene el medio de corroborar que un ciudadano peruano o extranjero que se encuentre dentro del territorio nacional tiene sus dosis completas de vacunación no tiene como finalidad la verificación exacta del mismo, por el contrario lo que ocasiona es el

aumento de los delitos de falsificación de documentos, es decir, la exigencia de la presentación del carné de vacunación ha creado una brecha entre lo permitido y lo delictivo.

En otras palabras el carné de vacunación y la obligatoriedad de las dosis completas de vacunas no tienen una finalidad establecida por el contrario la presentación obligatoria del mismo y la inoculación de las vacunas han causado que se restrinjan derechos fundamentales de las personas como son el derecho a libre tránsito, derecho a la salud y el derecho a la igualdad en la ley y ante la ley, como se aprecia la prohibición de desplazamiento de los ciudadanos dentro del territorio nacional y el libre desarrollo de la persona, asimismo se tiene que las vacunas ya sean de diferentes laboratorios no tiene una certeza del 100% de efectividad sin efectos secundarios, por el contrario se ha evidenciado que la mayoría de las vacunas de grandes laboratorios como son Pfizer-BioNTech, Moderna, Sputnik V, Jhonson & Jhonson, AstraZeneca, Sinopharm, Sinovac y Covaxin, las cuales tienen graves efectos secundarios, como son taquicardias, afecciones en la columna vertebral, problemas de riñones, problemas en los pulmones, coagulación de la sangre, dolores excesivos de cabeza y fiebre en altas temperaturas, náuseas, vómitos (Valencia, 2022), en la salud humana por ello la exigencia establecida en el en Decreto Supremo 168-2021-PCM (Art. 14.6) es inconstitucional.

### **C. La Necesidad.**

El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista.

Asumiendo este argumento, se ha señalado que la protección del derecho al libre tránsito, derecho a la salud y el derecho a la igualdad son derechos fundamentales, razón por la cual las leyes, decretos o normas que pretendan limitarlo han de contar con una sólida justificación. Deben ser necesarias para satisfacer un imperioso interés estatal” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

Es relevante, por tanto, para evitar afectar los derechos fundamentales descritos, que la potestad que tiene el Poder Ejecutivo al emitir decretos supremos sea realizada sin cometer excesos. Y de otro lado, en post de la optimización de cada derecho en juego, buscar que la medida utilizada permita el mejor desarrollo posible la vida en común de la población, tal como ha debido suceder en este caso en concreto.

Este principio menciona que no debe existir alguna medida que resulte menos grave para el bien restringido, bajo este análisis la protección de los derechos fundamentales a la libertad de tránsito se encuentra en el artículo 2° numeral 11, el derecho a la salud encontrado en el artículo 7° y el derecho a la igualdad encontrado en el artículo 2° numeral 2 y el artículo 26° numeral 1, en este sentido se tiene que las normas que han sido emitidas por el Poder Ejecutivo en el contexto de emergencia sanitaria no han verificado que la emisión de los decretos supremos que justifican la vida en común de la población por la Covid-19, no se ajustan a lo establecido por la carta magna.

En relación la protección a la libertad de tránsito, salud e igualdad, cabe señalar que las autoridades nacionales deben proteger estos derechos constitucionales que asisten a todas las personas que no estén impedida por mandato judicial o justa y estricta imposición de prohibición, dada la coyuntura

nacional no se aprecia que el uso obligatorio del carné de vacunación y el desconocimiento actual de los efectos secundarios de las inoculaciones dañinas para salud humana, impedir que los ciudadanos se desplacen dentro del territorio nacional, es decir poder ingresar a centros de recreación privada de uso público, para el uso de servicios de primera necesidad, como son la compra de víveres, ingreso a centros de salud, etcétera, no justifican la vulneración de los derechos constitucionales, toda vez que no se evidencia la concurrencia de una necesidad justificada para tal imposición de prohibición, dado el desconocimiento completo de los efectos secundarios de las dosis completas de vacunas para la Covid – 19.

Con las consideraciones expuestas se sostiene que la prohibición por parte del Poder Ejecutivo mediante el Decreto Supremo 168-2021-PCM (Artículo 14.6), no cumple con el requisito de necesidad, puesto que un decreto supremo no puede ir en contra de los derechos constitucionales que son reconocidos a nivel internacional.

#### **D. La Proporcionalidad en sentido estricto.**

A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, se busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada.

En el caso de la relación entre el uso obligatorio del carné de vacunación y la obligación de la inoculación de todas las dosis contra la Covid – 19 en contraste de la protección constitucional de los derechos a la libertad de tránsito, derecho a la salud y el derecho a la igualdad, se procura que la protección de los

derechos fundamentales es mayor y que la sola emisión de un Decreto Supremo por el estado de emergencia sanitaria a nivel nacional no puede ir en contra de la carta magna de un estado, puesto que su protección viene desde la jerarquía constitucional y en el presente caso va en contra de los derechos fundamentales protegidos por las normas internacionales, basándose en las categorías de la creación de normas, máxime se señala que existe una desproporcionalidad clara y existente con la emisión del Decreto Supremo 168-2021-PCM.

En relación al derecho a la protección del derecho a la libertad de tránsito, al derecho a la salud y al derecho a la igualdad, cabe señalar que el estado peruano reconoce que existe una protección de estos derechos constitucionales, ratificados por tratados internacionales, es decir que, al vulnerar los derechos a la libertad de tránsito, el derecho a la salud y el derecho a la igualdad, se estaría cometiendo un delito que está tipificado en el código penal como delitos de discriminación y se estaría transgrediendo derechos constitucionalmente protegidos, es decir estaría vulnerando normas internas y normas internacionales que protegen estos derechos.

En el caso del Decreto Supremo 168-2021-PCM, se debe señalar que este ha servido para dar pautas para la libre convivencia dentro del territorio nacional y su correcta interpretación, es decir, ha servido para orientar a la población a tener una vida en común y pacífica, señalando que departamentos y provincias se encuentran en niveles de alerta, los aforos en los establecimientos, las prohibiciones de realizar determinadas actividades; y la imposición de la aplicación de la vacuna en contra de la Covid-19 en sus totalidad de dosis y la presentación obligatoria del carné de vacunación, en ninguno de los artículos de dicho decreto supremo se aprecia que exista un acápite sobre la protección de los

derechos fundamentales de las personas, tampoco se habla de los límites del Decreto Supremo materia de ponderación, por lo cual al no existir dentro de su estructura normativa los derechos que protege, los derechos que son vulnerado ni muchos menos existir un método de coexistencia entre el Decreto Supremo y los derechos fundamentales de la una persona el Decreto Supremo en si queda como inconstitucional y debe ser derogado.

Por último se debe señalar que la hipótesis planteada en la investigación realizada se ha validado y contrastado perfectamente con la información recolectada en el transcurso de los meses de investigación dado que si existe una vulneración grave de los derechos a la libertad de tránsito, a al derecho a la salud y al derecho a la igualdad dentro de un estado, por lo cual se tiene que es estrictamente necesaria la derogación total o parcial de Decreto Supremo 168-2021-PCM y optar por mecanismos menos dañinos para los derechos fundamentales de las personas.

#### **4.3 Discusión de resultados.**

Al respecto teniendo en cuenta la teoría de Otto Bachof, quien señalaba que crearía una nueva figura del derecho Constitucional moderno, teniendo como fundamento la existencia de normas Constitucionales Inconstitucionales. inspirándose en el Derecho Natural, indicando además que no siempre se puede fundamentar en un derecho metapositivo la posible existencia de una inconstitucionalidad de ciertas normas. Es decir existen inconstitucionalidades de las normas constitucionales, unas fundamentadas en el Derecho Natural y otras fundamentadas en incongruencias del derecho positivo. Lo cual lleva a resaltar que hablar de la inconstitucionalidad dentro de la Constitución es absurdo, no solo jurídico sino también lógico, toda vez

que ser y no ser al mismo tiempo. Así mismo se puede señalar que han existido algunos autores que han señalado la posibilidad de inconstitucionalidades dentro de la Constitución, o en un aspecto más amplio, la Inconstitucionalidad de la Norma Fundamental. De lo cual se puede advertir la posible existencia de normas Constitucionales inconstitucionales y el posible remedio jurídico que se pueda utilizar para resolver dichas incongruencias normativas en nuestro ordenamiento.

De lo suscrito se indica que se ha tomado en cuenta dicha teoría basándonos en la inconstitucionalidad de algunas norma constitucionales, como es el caso del Decreto Supremo 168-2021-PCM, toda vez que vulnera derechos fundamentales como son el derecho a la libertad, derecho a la salud y el derecho a la igualdad, los mismos que son evidenciados a diario con las restricciones que ha emanado nuestro estado, como prohibir el ingreso a centros de pago de servicios básicos como el agua o la luz, así mismo haber restringido el transporte vehicular local, provincial o departamental de personas que no cuentan con la tarjeta de vacunación, vulnerando como ya se ha mencionado el derecho fundamental del libre tránsito, además se tiene en cuenta que el derecho a la salud se viene vulnerando gravemente al obligar a todo ciudadano a vacunarse con las diferentes vacunas con las cuales el estado peruano ha suscrito diferentes convenios para la compra de estos, de los cuales en su totalidad no se ha logrado un 100% de efectividad en las personas y todo lo contrario se puede verificar según estadísticas a nivel nacional e internacional que dichas vacunas arrastran efectos secundarios moderados o graves en distintitos organismos, de lo cual se está poniendo en riesgo la vida de todos los ciudadanos que sin importar su



opinión están siendo obligados a vacunarse e incluso para desarrollar sus actividades diarias poniéndose en riesgo su bienestar propio como familiar.

## **CONCLUSIONES**

- Se analizó la constitucionalidad del Decreto Supremo 168-2021-PCM, en la cual se evidencio que el Decreto Supremo es inconstitucional dada la forma de su creación y de su contenido el mismo que no desarrolla en ningún extremo la protección de los derechos constitucionales que tiene toda persona.
- Se identificó como derechos vulnerados el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad y el derecho a la salud, es decir, dada la promulgación y aplicación del Decreto Supremo 168-2021-PCM, los derechos mencionados han entrado en colisión con la ejecución del decreto, por ende, al ser una norma de menor jerarquía constitucional la vulneración de los derechos identificados implica necesariamente y de manera urgente la derogación del Decreto Supremo 168-2021-PCM.
- Después de haber realizado el análisis correspondiente e investigación pertinente se concluye que en el actual estado de emergencia sanitaria el poder ejecutivo de

manera inescrupulosa ha venido promulgando Decretos Supremos sin importar la protección de los derechos de los ciudadanos peruanos ni extranjeros por el contrario ha buscado ejercer poder político implementando leyes, decretos y normas contrarias a la constitución.

## **RECOMENDACIONES**

- Se recomienda a otros investigadores que enfatizen en la búsqueda de la protección de derechos fundamentales de los ciudadanos en el estado de emergencia sanitaria decretado por estado peruano por el Covid - 19.

## **LISTA DE REFERENCIAS.**

- Alegsa, L. (2019). Definición de vulneración. Definiciones – de.  
<https://www.definiciones-de.com/Definicion/de/vulneracion.php>
- Aponte Salazar, Pablo J. (2008). “Fundamentos de Derecho Constitucional”. Editores Vadell Hermanos. Caracas – Venezuela – Valencia.
- Bottazzi, M. E. (2020). *Vacuna contra la covid-19: cuán efectiva será, cuándo volveremos a la normalidad y otras preguntas de los lectores de BBC Mundo a una experta en vacunología.* BBC. News Mundo.  
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-53589410>
- Burgos Delfino, O. (2017). Inconstitucionalidad del decreto supremo n° 001-2015-em por infracción al principio de jerarquía normativa [Tesis para optar por el título de abogada, Universidad de Piura]. Repositorio Institucional de la Universidad de Piura.

- Cea Egaña, J. L. (2002). Derecho Constitucional Chileno. Tomo I. Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, pág. 221.
- Chalbaud Zerpa, R. (2007). “Estado y Política”. Ediciones Liber. Séptima Edición. Caracas.
- Coba, Tantaleán y Sánchez, (2015). Protocolos Para Proyectos de Tesis y Tesis de Bachillerato y de Titulación Profesional. Cajamarca: UPAGU.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf)
- Cuenca Quiroz, W. S. (2019). Vulneración del principio de mínima intervención del derecho penal y el de igualdad de la constitución por parte de la política criminal estatal al incorporar el delito de feminicidio en el código penal  
<http://repositorio.unc.edu.pe/bitstream/handle/UNC/2679/La%20vulneraci%3%b3n%20del%20principio%20de%20m%3%adnima%20intervenci%3%b3n%20del%20Derecho%20penal%20y%20el%20de%20igualdad%20de%20la%20Co ns.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- De Otto, I. (1998). Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Segunda edición (sexta reimpresión). Barcelona – España.
- Dej.rae.es. (2020). Derecho a la libertad. Diccionario panhispánico del español jurídico.  
<https://dpej.rae.es/lema/derecho-de-libertad>
- Díaz García, I. (2012). Igualdad en la aplicación de la ley. concepto, iusfundamentalidad y consecuencias <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v18n2/art03.pdf>
- Díaz, E. (1998). Curso de Filosofía del Derecho. Barcelona - Madrid: Marcial Pons.

- Enfoque Derecho. (2021). *Salud pública y derechos individuales: Las restricciones a personas no vacunadas*. <https://www.enfoquederecho.com/2021/12/01/editorial-salud-publica-y-derechos-individuales-las-restricciones-a-personas-no-vacunadas/>
- Fajardo H, y Ángel R. (2007). “Principios de Derecho Constitucional General y venezolano”. Escuela Técnica Popular Don Bosco. Tercera Edición. Caracas – Venezuela.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Segunda Edición, Editorial Trotta. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122001000200027](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200027)
- Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Primera edición. Madrid: Marcial Pons.
- García Higuera R. (2010), “La Regla de Reconocimiento de H.L.A. Hart”, [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9824/regla\\_reconocimiento.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9824/regla_reconocimiento.pdf)
- García Leguía, C. N. (2019). *La inconstitucionalidad de las normas constitucionales y el mecanismo para tratarlas en el ordenamiento peruano* [Tesis para optar por el título de abogado, Universidad católica Toribio de Mogrovejo]. Repositorio Institucional de la Universidad católica Toribio de Mogrovejo.
- García Toma, V. O. S. (2015). *La constitución y la estructura jerárquica de las normas en el sistema jurídico nacional*. Advocatus.
- Garrote, E. (2019). ¿Qué es una Constitución y para qué sirve? *Diario Constitucional*. <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/que-es-una-constitucion-y-para-que-sirve/>

González V. O. (2018). Derechos humanos y derechos fundamentales. México: Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

González Navarro, F. (S.f). La norma fundamental» que confiere validez a la constitución española y al resto del ordenamiento español.

Gutiérrez Camacho, W., & Sosa Sacio, J. (2013). Igualdad ante la Ley. La Constitución Comentada Tomo I. Análisis artículo por artículo. Lima: Gaceta Jurídica.

Hart, H. (1998) El concepto de Derecho, traducido por G. Carrió.  
[https://www.academia.edu/6574051/28490884\\_El\\_Concepto\\_de\\_Derecho\\_Herbert\\_Hart](https://www.academia.edu/6574051/28490884_El_Concepto_de_Derecho_Herbert_Hart)

Huertas Guerrero, L. A. (2003). El derecho a la igualdad  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7686/7932>.

Jiménez Cano R. M. (2009) “Problemas abiertos de la regla de reconocimiento”  
[https://www.academia.edu/430009/Problemas\\_abiertos\\_de\\_la\\_regla\\_de\\_reconocimiento](https://www.academia.edu/430009/Problemas_abiertos_de_la_regla_de_reconocimiento)

Kelsen H. (1982) “Teoría pura del derecho”. Universidad Autónoma de México.  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1039/1.pdf>

La Ley. (2021). ¿Cuántas constituciones ha tenido Perú?.  
<https://laley.pe/art/11153/cuantas-constituciones-ha-tenido-peru>

Landa Arroyo. C. (2017). Los derechos fundamentales. Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú.  
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170363/Los%20derechos%20fundamentales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Linares Quintana, S. V. (1987). "Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado. T.IX", Ed. Plus Ultra, Bs.As.,
- Márquez Gonzales J.A. (2004) La persona Jurídica. Revista de derecho privado. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7146/6425>
- Márquez González J.A. (1985). Hart y Kelsen regla de reconocimiento y norma básica. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.
- Mata Solís, L. D. (2019). Los diseños de investigaciones con enfoque cuantitativo. <https://es.linkedin.com/pulse/los-dise%C3%B1os-de-investigaciones-con-enfoque-cuantitativo-cr>
- Ministerio de salud. (2021). *Casos confirmados por coronavirus COVID-19 ascienden a 2 278 807 en el Perú (Comunicado N°792)*. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/572602-minsa-casos-confirmados-por-coronavirus-covid-19-ascienden-a-2-278-807-en-el-peru>
- Montagud Rubio, N. (S.f). Los 12 tipos de técnicas de investigación: características y funciones. Psicología y Mente. <https://psicologiaymente.com/cultura/tipos-tecnicas-investigacion>
- Navarro, V. (1998). *Concepto actual de la salud pública*. En Martínez, F., Castellanos, P. L., Navarro, V., Salud Pública. México: Mc Graw-Hill.
- Nogueira Alcalá, H. (2006). "Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur". Colección Estudios Jurídicos No.80. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.

- Palomino Manchego, J. F. (2008). “Constitución, Supremacía Constitucional y Teoría de las Fuentes del Derecho”. Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú.
- Pérez Prado, J. (2019). Definición de supremacía. Defenición.de. <https://definicion.de/supremacia/>
- Reglamento Provisional de Huaura de 1821. 12 de febrero de 1821. <http://www4.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1821a.htm>
- Rincón de Parra, M. R. (2015). La inconstitucionalidad del procedimiento ordinario en el código de procedimiento civil vigente [Tesis doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia]. Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Rubio Correa, M. A. (2009). El sistema jurídico. introducción al derecho. novena edición. Fondo Editorial de la PUCP
- Simón, H. (1996). La Jurisdicción Constitucional en E. Benda, W. Mainhofer, J. Vogel, C. Hesse y W. Heyde. Manual de Derecho Constitucional. Instituto Vasco de Administración Pública/Marcial Pons. Madrid.
- Sotillo Antezana, A. R. (2015). La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Scielo. [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2077-33232015000200009](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2077-33232015000200009)
- Valencia. (2022). *Todos los efectos secundarios de la tercera dosis de la vacuna contra la covid*. El mercantil Valenciano. <https://www.levante-emv.com/vida-y->



[estilo/salud/2022/02/08/sintomas-tercera-dosis-vacuna-covid-moderna-pfizer-62256324.html](https://estilo/salud/2022/02/08/sintomas-tercera-dosis-vacuna-covid-moderna-pfizer-62256324.html)

## **APENDICES**

Objetivos	Problema	Hipótesis	Variables	Definición Operacional	Dimensiones	Indicadores	Metodología	Instrumentos
<p><b>General:</b> ¿Determinar cuáles son los derechos vulnerados por el Decreto Supremo 168-2021-PCM?</p> <p><b>Objetivos específicos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Analizar la constitucionalidad del Decreto Supremo 168-2021-PCM.</li> <li>Identificar cuáles son los derechos vulnerados por el Decreto Supremo 168-2021-PCM.</li> </ul>	<p>¿Cuáles son los derechos fundamentales que vulnera el Decreto Supremo 168-2021-PCM?</p>	<p>Los derechos vulnerados por la inconstitucionalidad del decreto supremo 168-2021-PCM son:</p> <p>4. El derecho a la libertad</p> <p>5. El derecho a la salud</p> <p>6. El Derecho a la igualdad</p>	<p><b>V1.</b> El derecho a la libertad vulnerado por el decreto supremo 168-2021-PCM</p>	<p>La libertad es un derecho sagrado e imprescriptible que todos los seres humanos poseen (Art. 24).</p>	Constitucional	<p><b>I.1.</b> El derecho a la libertad en el decreto supremo 168-2021-PCM.</p>	<p><b>Tipo de Investigación</b> - Por la Finalidad: Básica - Por el Enfoque: Cualitativo. Por el Nivel: Descriptivo. <b>Diseño de Investigación</b> No Experimental - Transversal.</p>	<p>Ficha de observación documental.</p> <p>Ficha de recojo de datos.</p> <p>Test de proporcionalidad para todos los derechos vulnerados.</p>
			<p><b>V3.</b> El derecho a la salud vulnerado por la aplicación del decreto supremo 168-2021-PCM.</p>	<p>Es un estado de bienestar físico, social y mental, señalando que no solo se basa al concepto abstracto de ausencia de afecciones o enfermedades de una persona, la salud es algo estático que sirve para el libre desarrollo de la persona</p>	Constitucional	<p><b>I.2.</b> El derecho a la salud en el decreto supremo 168-2021-PCM</p>		
			<p><b>V2.</b> El derecho a la igualdad vulnerado por la</p>	<p>La constitución política del Perú señala que “la</p>	Constitucional	<p><b>I.3</b> El derecho a la igual en el decreto</p>		

			<p>aplicación del decreto supremo 168-2021-PCM.</p>	<p>igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole” (Art 2 inc. 2).</p>		<p>supremo 168-2021-PCM</p>		
--	--	--	---	--	--	-----------------------------	--	--