

REVISTA PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL

# MUJER Y CONSTITUCIÓN

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  

---

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

## Contenido

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i> .....	15
<b>Mujer y Constitución</b>	
MARCELA HUAITA ALEGRE <i>La CEDAW como marco de referencia de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano</i> .....	23
BEATRIZ RAMÍREZ HUAROTO <i>La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad y no discriminación: los casos de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas</i> .....	55
MOSI MARCELA MEZA FIGUEROA <i>Protección constitucional de la madre en el ámbito laboral</i> .....	77
CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>El sufragio femenino: dudas, convicción y oportunismo</i> .....	101
MARÍA SOLEDAD BELLIDO ÁNGULO <i>Del silencio a la razón: argumentación sobre el sufragio femenino en la Constituyente de 1931</i> .....	111
SUSANA MOSQUERA <i>Mujer y género en el derecho internacional de los derechos humanos</i> .....	147
GLÓRIA POYATOS I. MATAS <i>Sentencia pionera en España que define jurídicamente y aplica la técnica de «juzgar con perspectiva de género»</i> .....	171
MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ <i>El sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género</i> .....	181

## Miscelánea

EDWIN FIGUEROA GUTARRA

*El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿mito o realidad?*

*Enseñanzas del caso Obergefell*..... 215

LUIS R. SÁENZ DÁVALOS

*La doctrina jurisprudencial vinculante*

*y su desarrollo por el Tribunal Constitucional* ..... 239

FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA

*Constitucionalización del proceso inmediato. Principio de proporcionalidad* .... 279

ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ

*Laicidad e igualdad religiosa en la Constitución peruana* ..... 299

BERLY LÓPEZ FLORES

*El amparo contra laudos arbitrales* ..... 311

JORGE LUIS LEÓN VÁSQUEZ

*El examen de tres niveles de los derechos fundamentales (drei-schritt-prüfung)* .... 341

RORIC LEÓN PILCO

*El valor de la cosa juzgada constitucional*

*en los procesos constitucionales de tutela de derechos*..... 347

## Jurisprudencia comentada

ALVARO R. CÓRDOVA FLORES

*Caso Edwards vs. Canadá (1929):*

*cuando las mujeres fueron consideradas personas* ..... 375

NADIA IRIARTE PAMO

*Mujer y derecho a la educación.*

*Comentario a la STC 00853-2015-PA/TC*..... 381

SUSANA TÁVARA ESPINOZA

*La situación de los migrantes irregulares.*

*Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC*..... 385

## Reseñas

OMAR CAIRO ROLDÁN

*Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del*

*Estado de 1931*..... 395

JERJES LOAYZA JAVIER	
<i>Género y justicia. Estudios e investigaciones en el Perú e Iberoamérica</i> .....	401
MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE	
<i>Trinidad María Enríquez. Una abogada en los Andes</i> .....	405
ROGER VILCA APAZA	
<i>Las constituciones del Perú</i> .....	409

## El examen de tres niveles de los derechos fundamentales (*drei-schritt-prüfung*)

 JORGE LUIS LEÓN VÁSQUEZ\*

### Sumario

**I.** Introducción. **II.** Estructura del examen escalonado de tres niveles. 2.1. Determinación del ámbito normativo. 2.2. Intervención en el ámbito de protección. 2.3. Justificación constitucional de la intervención. **III.** Esquemas del examen escalonado de tres niveles. **IV.** Bibliografía consultada.

### Resumen

El modo como se deben resolver problemas –abstractos o concretos– sobre derechos fundamentales es una cuestión sobre la cual se reflexiona muy poco. En algunos ordenamientos jurídicos comparados, sin embargo, tal cuestión tiene una larga tradición. En el caso del Derecho constitucional alemán es de dominio común tanto para el Tribunal Constitucional Federal como para la academia científico-constitucional el denominado examen escalonado de tres niveles (*drei-schritt-prüfung*). Dicho examen es un modelo metodológico estándar para solucionar casos de derechos fundamentales. Este examen es objeto ahora de un breve análisis y desarrollo en el presente artículo.

### Palabras Clave

Derechos fundamentales, examen escalonado, ámbito de protección, intervención, justificación.

### Abstract

The approach in which fundamental rights must be solved – in an abstract or concrete way- is a matter often not thought about. Though in some legal comparative systems, resolving these issues has become a long tradition. In the German Constitutional law, through the application of a three-level step examination (*Drei-Schritt- Prüfung*) which is a common domain for both the Federal Constitutional Court and the scientific- constitutional academy. This exam is a standard model of a methodological technique which helps solve cases of fundamental rights. This review is now a subject of a brief analysis and development in the article.

---

\* Doctor en Derecho por la Universität Hamburg (Alemania), profesor de derecho constitucional en la PUCP y en la UNMSM. Exasesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú.

**Keywords**

Fundamental rights, Stepped exam, Scope of protection, Intervention, Justification.

**I. Introducción**

Resolver un problema concreto de derechos fundamentales tiene sus particularidades y también sus propias dificultades. Exige no solamente un dominio prolijo de las categorías dogmáticas, sino también el aprendizaje y desarrollo de un conjunto de destrezas para identificar el problema, analizar la situación concreta y proponer una solución al caso planteado.

La tarea se complica por el hecho de que las disposiciones de la Constitución son, por lo general, bastante abstractas y generales. Por ejemplo: ¿qué significa, en términos del artículo 2.2 de la Constitución, el concepto de «arte»? ¿Los «memes» constituyen una manifestación de la «libertad artística»? ¿Puede el indigente que vive en una furgoneta estacionada en una calle y alegar «inviolabilidad de domicilio» de acuerdo con el artículo 2.9 de la Constitución? ¿Cómo debe interpretarse desde el Derecho constitucional el concepto de «domicilio»? El *Derecho judicial* (*Richterrecht*) y la dogmática jurídica desempeñen aquí un rol importante para la interpretación de los derechos fundamentales.

342

En la doctrina alemana de los derechos fundamentales (*Grundrechte*) se ha desarrollado, desde hace mucho, una metodología específica para las cuestiones relacionadas con tales derechos. El denominado *examen escalonado de tres pasos* (*drei-schritt-prüfung*) es una metodología ampliamente aceptada y aplicada tanto por el Tribunal Constitucional Federal alemán (*BVerfG*) como por los profesores de la materia y los estudiantes de Derecho.

La mencionada metodología tiene la ventaja de que la resolución de los casos de derechos fundamentales no queda librada a la plena arbitrariedad y subjetividad del intérprete, al mismo tiempo que inserta un elemento de exigencia de sistematicidad y coherencia. Con ello, el análisis y la resolución de casos de derechos fundamentales se hace más controlable y demanda, a quien resuelve el caso, una suficiente justificación.

## II. Estructura del examen escalonado de tres niveles

Como su nombre mismo ya deja explícito, el examen escalonado de los derechos fundamentales presenta tres niveles:

### 2.1. Determinación del ámbito normativo

El primer nivel del examen escalonado está determinado por la averiguación de si la conducta realizada está comprendida en el *ámbito normativo* o *ámbito de protección*. Se distingue acá entre «ámbito de protección personal» (*persönlicher Schutzbereich*) y «ámbito de protección material» (*sachlicher Schutzbereich*). El primero exige que se responda a la cuestión de quién es el titular del derecho fundamental o si quien invoca la intervención puede ser considerado titular de ese derecho; son determinantes acá el tratamiento diferenciado de la «capacidad jurídica iusfundamental» y «la capacidad de obrar iusfundamental» (v. infra Ejemplos 1 y 2).

Bajo el término «ámbito normativo» se debe entender, por el contrario, aquella parte de la realidad vital o la situación vital concreta que la norma iusfundamental ha tomado o aprehendido para sí moldeándola jurídicamente a efectos de su protección (v. infra Ejemplos 1 y 2).

343

**Ejemplo 1:** ¿Una persona fallecida puede ser titular del derecho a la integridad personal, en el caso que, en el mortuario de un hospital, se le hayan extraído órganos sin que en su DNI aparezca como donante?

**Ejemplo 2:** Una manifestación pública en la que las personas reunidas están premunidas de armas y realizan conductas violentas, no está comprendida en el ámbito normativo o de protección del derecho a la libertad de reunión (C artículo 2.12), pues la realidad vital que ha querido proteger la Constitución es el de las «reuniones sin armas y pacíficas». Dicha manifestación está comprendida en el *ámbito de regulación*, pero no en el *ámbito de protección* del artículo 2.12 de la Constitución.

### 2.2. Intervención en el ámbito de protección

En el segundo nivel del examen ha de verificarse si existe una intervención en el ámbito de protección del derecho fundamental específico.

En términos estrictos de la dogmática de los derechos fundamentales se considera *intervención (Eingriff)* toda actuación del Estado que limita –total o parcialmente, directa o indirectamente, intencional o impensadamente, fáctica o jurídicamente, con base en un mandato legal o sin él– una conducta

del titular del derecho fundamental que se subsume en el ámbito de protección concreto de un derecho fundamental.

La intervención puede ser *individual* (es decir, mediante un acto administrativo, una sentencia judicial) o *general* (es decir, por medio de una ley, un decreto legislativo o un reglamento). El análisis en esta segunda fase presupone que se haya verificado, como exige el primer nivel del examen, que la conducta esté comprendida en el ámbito de protección del derecho respectivo (v. Ejemplo 3).

**Ejemplo 3:** Una ley aprobada por el Parlamento que exige como requisito el tener educación secundaria completa para ejercer el oficio de taxista constituye una intervención en el ámbito de protección de los derechos a la igualdad (C artículo 2.2) y a trabajar libremente (C artículo 2.15).

### 2.3. Justificación constitucional de la intervención

Solo cuando se haya determinado correctamente el ámbito de protección del derecho fundamental (primer nivel) y cuando se haya identificado estrictamente la intervención en dicho ámbito de protección, recién entonces se pasa al tercer nivel de examen, en el que se debe determinar si la intervención en el derecho fundamental se encuentra justificada desde el derecho constitucional vigente. Toda lesión implica una intervención en el derecho fundamental, pero no toda intervención constituye una lesión del mismo. Por eso, antes de culminar con el análisis de este tercer nivel no se puede afirmar todavía la afectación o violación del derecho fundamental.

344

Es en esta tercera fase en el que tiene lugar, por ejemplo, la determinación de a qué tipo de reserva de ley (*Gesetzesvorbehalt*) está sometido el derecho fundamental concreto (reserva de ley ordinaria, reserva de ley cualificada o ausencia de reserva de ley), tienen lugar también en esta fase de análisis la aplicación del principio de proporcionalidad (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), la aplicación del concepto «límites de los límites» (*Schranken-Schranken*), de la garantía del contenido esencial (*Wesensgehaltsgarantie*), el mandato de cita, entre otros.

### III. Esquemas del examen escalonado de tres niveles

Si bien la estructura básica del examen escalonado es de aplicación general, los esquemas de su aplicación varían en función de si se está ante

intervenciones en los derechos fundamentales provenientes del Legislador, del ejecutivo o del juez.

Los esquemas que presentamos a continuación se fundamentan sobre la base de una serie de preguntas esenciales que deben responderse en el orden presentado a continuación.

### **A. Intervención proveniente del legislador**

#### Esquema 1

- I. ¿Se subsumen las conductas que la ley regula en el ámbito de protección del derecho fundamental?
- II. ¿Presenta la regulación de la ley una intervención en el ámbito de protección?
- III. ¿Está la intervención justificada constitucionalmente?
  1. ¿La ley se ha aprobado de acuerdo con las competencias y los procedimientos?
  2. *a)* Para derechos fundamentales con límite de los límites especial (*Schranken-Schranke*): ¿la ley salvaguarda el límite de los límites?
    - b)* Para derechos fundamentales con reserva de ley cualificada: ¿satisface la ley los elementos de cualificación?
    - c)* Para derechos fundamentales sin reserva de ley: ¿interviene la ley en consideración a derechos fundamentales de terceros o a otros bienes constitucionales?
  3. ¿Satisface la ley las exigencias de la reserva parlamentaria?
  4. ¿Interviene la ley proporcionalmente?
  5. Solo para derechos fundamentales con garantías institucionales: ¿la ley pone en cuestión la institución?
  6. ¿La ley mantiene incólume el contenido esencial del derecho fundamental?
  7. ¿La ley regula en general y no para un caso determinado?
  8. Solo para derechos fundamentales con reserva de ley: ¿salvaguarda la ley el mandato de cita?

9. ¿La ley expresa de manera clara y determinada el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas?
10. ¿Satisface la ley el derecho constitucional restante?

**B. Intervención proveniente del Ejecutivo y del Juez**

**Esquema 2**

- I. ¿El ámbito de protección del derecho fundamental comprende la conducta regulada por la medida?
- II. ¿Presenta la medida una intervención en el ámbito de protección del derecho fundamental?
- III. ¿Está la intervención constitucionalmente justificada?
  1. ¿Existe para la medida un fundamento legal conforme con la Constitución?
  2. ¿Es la medida, por su parte, constitucional?
    - a) ¿Dicha medida aplica la ley en una interpretación que es conforme con la Constitución, de manera especial con los derechos fundamentales?
    - b) ¿Es proporcional?
    - c) ¿Se dirige a los afectados de manera clara y determinada?