

## **El derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad**

**Mijail MENDOZA ESCALANTE\***

### **RESUMEN**

*Además de los derechos constitucionales de contenido específico -expresamente reconocidos o implícitos- la Constitución protege ámbitos genéricos de libertad humana, en los que el poder público no puede intervenir desproporcionadamente. Ese el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que garantiza la libertad de actuación humana en el sentido más amplio, es decir, la libertad general de actuación del hombre. Teniendo como referente la jurisprudencia alemana (a la vanguardia en este tema) y la nacional, el autor desarrolla el significado y el contenido del mencionado derecho general de libertad.*

### **I. INTRODUCCIÓN**

El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental cuyo reconocimiento en nuestra Constitución puede ser fundamentado como un derecho *implícito*, derivado del principio de dignidad de la persona (art. 3 Const.), o en el reconocimiento expreso por la Constitución del derecho de la persona a su “libre desarrollo” (art. 2, inc. 1). Contra esta última opción puede argumentarse que el concepto “desarrollo” denota una valoración respecto a la conducta que ha de comprenderse bajo el ámbito de protección del libre desenvolvimiento de la personalidad. En efecto, no toda acción o conducta significa un desarrollo de la persona, sino un mero actuar, desprovisto de relevancia en su realización, sin embargo, no por ello deja de constituir, al final, actuación libre de la

misma. Por tal razón, como veremos, el contenido de este derecho excede el concepto desarrollo y comprende toda actuación de la persona.

En tal sentido, sin perjuicio de lo que se infiere del artículo 2, inciso 1, si el contenido de este derecho es la actuación general de la persona, el fundamento ha de residir en el principio de dignidad. Este derecho deriva de la condición de la persona como fin de la sociedad y del Estado, de la condición de aquella como ser libre, autónomo, anterior al Estado. Tal dimensión de la dignidad tiene como corolario esta libertad general de actuación de la persona.

### **II. CONTENIDO O ÁMBITO DE PROTECCIÓN**

Se trata del enunciado de un “derecho general de libertad”, de un derecho general de libre actuación, de una libertad general, no específica, sobre

\* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, diplomado como especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* de España. Asesor del Tribunal Constitucional de Perú.

determinada actuación. En la importante sentencia del caso *Elfes*<sup>1</sup>, el Tribunal Constitucional alemán afirmó que este derecho denota la “libertad de actuación humana en el sentido más amplio”, la “libertad de actuación en sentido completo”<sup>2</sup>. Desde esta perspectiva, él ha de proteger un “derecho autónomo que garantiza la *libertad general de actuación del hombre*”<sup>3</sup>. La formulación original de esta disposición contribuye a su exacta comprensión. Ella decía: “Toda persona puede hacer y omitir lo que quiera”<sup>4</sup>.

En tanto se trata de una libertad “general”, se contraponen a una libertad referida a una acción específica. La libertad es, en principio, una libertad de acción, de actuación. El adjetivo “general” alude al objeto de la libertad, la libre actuación o el actuar libre de la persona, no referido a una actuación específica, como la de expresar una opinión, desplazarse, informar, profesar un credo religioso, trabajar, sino referido a la acción o actuación, en general, de la persona. En tal sentido, este derecho puede ser entendido como la facultad de toda persona de hacer o no hacer lo que quiera.

La particularidad del objeto protegido de este derecho radica precisamente en la indeterminación de la “acción” garantizada. En tal sentido, puede afirmarse que mientras que las libertades enunciadas en la Constitución garantizan “acciones específicas”, la libertad general garantiza “acciones no específicas”, esto es, todo tipo de acción o actuación.

Dado que el objeto protegido de este derecho es la *acción*, debe excluirse como tal la protección de *bienes jurídicos*. Es decir, el derecho al libre desenvolvimiento protege acciones, no bienes jurídicos. Esto no excluye que la protección de una actuación pueda requerir la protección de determinados

“... puede afirmarse que mientras que las libertades enunciadas en la Constitución garantizan ‘acciones específicas’, la libertad general garantiza ‘acciones no específicas’, esto es, todo tipo de acción o actuación ...”

bienes, pero ello tiene lugar solo como consecuencia del hecho de que la protección de tales bienes resulta instrumental para la protección de la acción.

Se trata de cualquier acción, no tiene relevancia la importancia o el significado que pueda atribuírsele para el desarrollo de la persona<sup>5</sup>. Esto significa que la valoración de la acción no tiene incidencia alguna para que sea considerada bajo el ámbito de protección de la libertad general de actuación. De este

modo, se subsumen bajo este derecho actos de significativo valor para la realización personal y de la dignidad como esperar una exhibición teatral o un concierto de música clásica, como también actos desprovistos de relevancia como alimentar a las palomas en un parque.

En nuestro ordenamiento la jurisprudencia ha adoptado justamente este concepto amplio, omnicompreensivo de la libertad general de actuación<sup>6</sup>. Esto ha supuesto excluir la doctrina del núcleo del derecho de la personalidad, según la cual el ámbito de protección del libre desenvolvimiento estaría restringido solo a las actuaciones de la persona como ser espiritual-cultural, es decir, a conductas que sean manifestación de esa propiedad. Por el contrario, la concepción amplia abarca en su contenido no solo este tipo de actuaciones, sino todas, en general, incluyendo también las acciones desprovistas de valor y relevancia.

### III. CONDUCTAS BAJO SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La omnicomprensión de las acciones que se hallan bajo el ámbito de protección de la libertad general de actuación puede ser esclarecida de mejor forma acudiendo a algunos casos de la jurisprudencia, particularmente útil a este propósito es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán,

1 BVerfGE 6, 32.

2 BVerfGE 6, 32 (p. 36).

3 BVerfGE 6, 32 (p. 36-37) cursiva nuestra.

4 “Jeder kann tun und lassen was er will”. Cfr. BVerfGE 6, 32 (p. 36).

5 BVerfGE 54, 143 (p. 146); BVerfGE 80, 137 (p. 152).

6 STC, Exp. N° 007-2006-PI/TC, fundamento N° 48.

dado el expreso reconocimiento de este derecho en la Ley Fundamental.

En el caso *Cabalgata en el bosque*<sup>7</sup> el Tribunal considera que las actividades de recreación en el bosque como la cabalgata, la caminata o excursión, el paseo en bicicleta, constituyen actos que se hallan bajo el ámbito de protección de la libertad general de actuación. En este contexto, la restricción de la cabalgata solo a determinadas vías constituye una restricción legítima de la libertad general de actuación de quienes lo practican, con la finalidad de proteger y posibilitar la recreación, también, de excursionistas y ciclistas.

En el caso *Ley reguladora de colectas*<sup>8</sup> el tribunal considera que las colectas y actividades análogas se hallan bajo el ámbito de protección de la libertad general de actuación. Entiende que las colectas a iniciativa privada con fines específicos constituyen ejercicio de la libertad general de actuación. La norma que establece la autorización para la realización de este tipo de actividades no había establecido los requisitos para que la administración otorgara, de modo obligatorio, la autorización respectiva. De este modo, se habilitaba una discrecionalidad administrativa desvinculada del derecho<sup>9</sup>.

En otro caso<sup>10</sup> se ha considerado que la alimentación de palomas en los lugares públicos como calles y parques constituye también el ejercicio del derecho a la libertad general de actuación, en cuanto manifestación de afecto de los animales<sup>11</sup>. Sin embargo, se establece que la prohibición es proporcional en tanto se trata de una intervención leve que se justifica en considerables intereses generales<sup>12</sup>, concretamente, en la salud a través de la garantía de la limpieza pública<sup>13</sup>.

En otro caso<sup>14</sup>, el transporte de personas a través de vehículos particulares a cambio del reembolso de gastos mínimos es considerado como un supuesto de ejercicio de la libertad general de acción de los propietarios de dichos vehículos. Considera que se trata de una antigua forma de transporte y de las relaciones humanas<sup>15</sup>. El tribunal estima que la seguridad del transporte y del propio acompañante justifica una medida de protección del Estado, pero la autorización de la Administración es un medio inadecuado para tal efecto y, por ello, representa una intervención grave en la libertad general de actuación del propietario del vehículo particular.

La acción de comprar cualquier establecimiento comercial constituye ejercicio de la libertad general de actuación<sup>16</sup> y la restricción de horarios de apertura, aunque constituye una limitación de tal derecho, ella no resulta desproporcional.

Un caso interesante representa el resuelto por el Tribunal Administrativo Federal<sup>17</sup>. Considera que la conducta de un miembro de la policía de llevar el pelo largo se halla bajo el ámbito de protección de este derecho fundamental. Se parte de la premisa de que la determinación sobre la conformación de la apariencia externa aun en el servicio público es una cuestión de responsabilidad propia que hace parte del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad<sup>18</sup>. En su concepto, el uniforme de la policía tiene su justificación en identificar a la policía y las medidas que adopta, y que la función de transmitir la neutralidad del uniforme –no es el individuo, sino el Estado el que actúa– no se ve afectada por el pelo largo<sup>19</sup>. En la sociedad contemporánea no puede considerarse el pelo largo como “incorrecto” o “no serio”, si no obstante aquel parece circunspecto y no extravagante<sup>20</sup>.

7 BVerfGE 80, 137 (pp. 154-155).

8 BVerfGE 20, 150.

9 BVerfGE 20, 150 (pp. 156-157).

10 BVerfGE 54, 143

11 BVerfGE 54, 143 (p. 146).

12 BVerfGE 54, 143 (p. 147).

13 BVerfGE 54, 143 (pp. 145-146).

14 BVerfGE 17, 306.

15 BVerfGE 17, 306 (p. 315).

16 BVerfGE 13, 230 (p. 235).

17 BVerwG 2 C 3.05. Sentencia de 2 de marzo de 2006.

18 BVerwG 2 C 3.05, 15 párrafo.

19 BVerwG 2 C 3.05, 24 y 25 párrafos.

20 BVerwG 2 C 3.05, 27 párrafo.

La procreación o reproducción se halla también bajo la libertad general de actuación. En concepto del Tribunal Constitucional alemán, la posibilidad de autodeterminarse por la reproducción es también supuesto de ejercicio de este derecho<sup>21</sup>.

Por último, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano se ha dejado establecido que las conductas de recreación o de diversión de las personas se hallan bajo el ámbito de protección de la libertad general de actuación<sup>22</sup>. Desde esta perspectiva, estas conductas aparecen como una manifestación de un auténtico derecho fundamental. En otra sentencia<sup>23</sup> se ha considerado que la facultad de la persona de casarse con persona del mismo sexo se halla bajo el ámbito de protección de la libertad general de actuación.

En síntesis, actuaciones como ir de compras a determinados establecimientos sin límites de horario irrazonables, alimentar palomas en un parque, realizar colectas, llevar en vehículos propios a cualquier persona a título oneroso, pasear en el bosque, llevar el pelo largo, divertirse en una discoteca, beber en un bar o concurrir a cualquier centro de diversión, todas ellas constituyen manifestaciones de la libertad general de actuación.

#### **IV. SU RELEVANCIA EN EL SISTEMA DE DERECHOS**

Dado el carácter omnicompreensivo de toda acción bajo la libertad general de actuación, podría objetarse su irrelevancia. Si las principales manifestaciones de la libertad ya están garantizadas por sendos derechos fundamentales —expresión, información, trabajar, investigar, contratar, asociarse, reunirse, etc.—, ¿cuál sería el efecto que quedaría a la libertad general de actuación?

El hecho de que las principales acciones de la persona ya están protegidas por sendas libertades específicas no deja sin objeto y sin efecto a la

**“... la prohibición de intervenciones formalmente inválidas no constituye un contenido de la libertad general de actuación. Por el contrario, tal prohibición garantiza frente a la intervención de cualquier derecho fundamental ... y se impone como consecuencia del principio de Estado de Derecho ...”**

libertad general de actuación. No la dejan sin objeto porque las libertades específicas no comprenden el resto de manifestaciones de la actuación humana que se hallan fuera de su ámbito. La variedad de acciones desarrolladas por la persona, no comprendidas por las libertades específicas, constituyen el objeto de protección de la libertad general de actuación. Por otra parte, tampoco la dejan sin efecto en tanto bajo ella han de protegerse la variada gama de acciones de la persona. Por esto, no deviene en jurídicamente irrelevante.

Otro problema que plantea la libertad general de actuación es el siguiente. Si bajo ella se protege toda acción de la persona, devendría en irrelevante el enunciado de específicas acciones garantizadas a través de sendas libertades enunciadas en la Constitución. No es exacta, sin embargo, esta objeción. Existen determinadas acciones particularmente relevantes —opinar, informar, etc.— que la experiencia histórica ha demostrado como particularmente relevantes ante la intervención del Estado<sup>24</sup>, se trata de acciones consideradas particularmente relevantes en las relaciones entre la persona y el Estado. En la conformación del orden político fundamental, sin perjuicio de la libertad general de actuación, es particularmente indispensable el reconocimiento de dichas libertades. Por otra parte, la justificación del enunciado de libertades específicas reside en la seguridad jurídica. Se protege el actuar de la persona, en general, libre de intromisiones del Estado; pero es más conveniente para garantizar la seguridad jurídica de su protección, su enunciado específico.

#### **V. ¿LIBERTAD GENERAL DE ACTUACIÓN COMO DERECHO A INTERVENCIONES FORMALMENTE VÁLIDAS?**

La libertad general de actuación tiene además otro contenido. El Tribunal Constitucional alemán

21 BVerfGE 39, 1.

22 STC, Exp. N° 007-2006-PI/TC, fundamento N.° 49.

23 STC, Exp. N° 2868-2004-AA/TC.

24 BVerfGE 6, 32 (p. 37).

considera que este derecho garantiza también la pretensión de la persona a que “el Estado no le imponga una desventaja que no se fundamente en el ordenamiento constitucional”<sup>25</sup>. En otros casos, en lugar de desventaja, se ha referido a la “carga” impuesta a la persona.

Conforme a esto, cualquier desventaja o carga impuesta a la persona, inválida por un *vicio de forma* que no afecta a derecho fundamental específico alguno, constituiría una afectación de la libertad general de actuación. En síntesis, en la jurisprudencia constitucional alemana la libertad general de acción aparece como un límite a toda intervención en la esfera subjetiva de la persona –no conectada con derechos fundamentales– que impone al Estado el que toda intervención normativa deba respetar las condiciones formales para su validez –competencia y procedimiento–. Se habría conformado, entonces, un *derecho a no ser objeto de intervenciones formalmente inválidas*, una subjetivación de las garantías formales del Estado de Derecho<sup>26</sup>. Sin embargo, no es exacta esta conclusión.

La garantía de observancia de los parámetros formales para que se esté ante una intervención válida no es exclusiva de las intervenciones en la libertad general de actuación, sino una exigencia que se proyecta sobre intervenciones en cualquier derecho fundamental. Si una norma es inválida en cuanto a la forma al haberse incurrido en su expedición en un vicio de incompetencia o de procedimiento, la intervención que ella ocasiona en un derecho específico o, de no existir este, en la libertad general de actuación, constituye una intervención ilegítima y, por tanto, una afectación de aquellos.

Tal es lo que sucede, por ejemplo, con una ordenanza municipal que establece un tributo, el cual resulta inválido porque la competencia de imponerlos no es de la municipalidad, sino del Estado. Dicho tributo constituirá una intervención *ilegítima* en el derecho de propiedad al haber sido expedida por un órgano incompetente. A la misma conclu-

sión se arriba si la norma es inválida al haberse incurrido en un vicio de procedimiento.

La razón de ello no es que todo derecho fundamental, incluido la libertad general de actuación, detente como parte de su contenido un derecho a no ser objeto de intervenciones formalmente inválidas. La garantía de observancia de las condiciones de *validez formal* –competencia y procedimiento– de una norma viene impuesta por el principio de Estado de Derecho. Conforme a este, el poder público detenta funciones que se desarrollan solo en el marco preestablecido por la Constitución y por las leyes. La premisa del *gobierno de las leyes y no de los hombres* impone que no haya actuación del poder público al margen de aquel marco. La función de ellas es la protección de la persona frente a la actuación del poder público, establecer presupuestos básicos en cuyo marco tenga lugar las intervenciones en derechos fundamentales. En consecuencia, si este marco no es observado se da una intervención formalmente inválida en los derechos de la persona. Por lo tanto, del principio de Estado de Derecho se deriva una prohibición de intervenciones formalmente inválidas<sup>27</sup>. Si se infringe tal prohibición, la intervención no deviene en inválida porque se afecte el contenido de un derecho, deviene en inválida más bien por haberse infringido el principio de Estado de Derecho. En este contexto, una norma inválida por un vicio de procedimiento o de incompetencia, representa una intervención inválida de cualquier derecho fundamental, incluida la libertad general de actuación.

Conforme a esto, la prohibición de intervenciones formalmente inválidas no constituye un contenido de la libertad general de actuación. Por el contrario, tal prohibición garantiza frente a la intervención de cualquier derecho fundamental, incluida la libertad general de actuación, y se impone como consecuencia del principio de Estado de Derecho, no porque sea contenido de cada derecho fundamental.

25 BVerfGE 9, 83 (p. 88).

26 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995, pp. 183-185.

27 La prohibición de *intervenciones materialmente inválidas* se deriva directamente de los mismos derechos fundamentales –incluida la libertad general de actuación– y, ciertamente, del principio de dignidad de la persona.

**VI. LÍMITES: DERECHOS, PRINCIPIOS Y BIENES CONSTITUCIONALES, ¿LA "MORAL" Y LAS "BUENAS COSTUMBRES"?**

La libertad general de actuación no constituye un derecho de carácter absoluto o ilimitado. Como todo derecho fundamental, aquella encuentra límites en el resto de derechos fundamentales y en los bienes y principios constitucionales. El principio de concordancia práctica impone que en los conflictos entre la libertad general de actuación y el resto de derechos y bienes constitucionales se alcance la realización y optimización de todos ellos.

Dentro de los límites constitucionales se hallan algunos significativos por su relevancia como el principio de dignidad de la persona, el derecho a la vida, a la salud, a la integridad, el derecho a la educación, a la igualdad, a la libertad de tránsito, el honor, a la vida privada, a la paz y la tranquilidad (art. 2, inc. 22 Const.), el interés superior del niño – como principio constitucional inmanente–, la protección especial del niño y del adolescente (art. 4 Const.), la protección de la familia (art. 4 Const), el derecho al medio ambiente (art. 2, inc. 22 Const.) y, ciertamente, en cuanto principio, la conservación de la diversidad biológica y de áreas naturales protegidas (art. 68 Const.). En cuanto principios, puede nombrarse la paternidad y maternidad responsable (art. 6 Const), la protección de los restos arqueológicos (art. 21 Const.), la seguridad y el bienestar general (art. 44 Const) y el orden público, en cuanto orden de las calles.

En este contexto, conductas que prima facie se hallan bajo el ámbito de protección de la libertad general de actuación pueden resultar restringidas como consecuencia de la protección de otro derecho o principio constitucional. Así, por ejemplo, puede considerarse que, prima facie, el consumo de drogas se halla bajo el ámbito de la libertad general de actuación, sin embargo, este halla una restricción en el derecho a la salud y el derecho a la

vida de la persona. Por ello, puede concluirse en la legitimidad de la sanción penal de su comercialización, lo que equivale a dar por válida la restricción de la libertad general de actuación<sup>28</sup>. La práctica del deporte de salto al aire libre –en parapente o ala delta– se halla bajo el ámbito de protección de la libertad general de actuación, sin embargo estará legítimamente restringida su práctica desde cima donde se hallan monumentos arqueológicos– sobre la base del principio de protección de los restos arqueológicos. La práctica de la cabalgata en las zonas campestres se halla bajo la libertad general de actuación, pero estará restringida en las zonas donde hay afluencia de campistas que acampan con la finalidad de proteger el derecho a la vida, la salud y la integridad de estos últimos.

Un problema complejo se plantea con respecto a la "moral" y las "buenas costumbres" como fundamento para restringir la libertad general de actuación. La Ley Fundamental alemana ha establecido que la libertad general de actuación halla un límite en la "ley moral" (art. 2.1)<sup>29</sup>. Este concepto ha sido interpretado de manera restrictiva por la doctrina<sup>30</sup>. La Constitución peruana no establece un límite de esta naturaleza. Sin embargo, tanto en ella como en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se alude a la "moral" como límite en el ejercicio de determinados derechos. Podría por esta vía arribarse a la conclusión de que la libertad general de actuación halle también un límite en la moral. Ciertamente, la respuesta ha de depender de que se convenga en que la moral representa un límite de los derechos fundamentales. No ha menester en este trabajo abordar esta problemática general. Sin embargo, sí es necesario establecer alguna premisa en relación a la libertad general de actuación.

Hemos de partir por asumir una posición negativa de tal límite. La limitación de la libertad general de actuación solo debe sustentarse en otros principios –derechos y bienes– que la propia Constitución ha

28 Vide al respecto, por ejemplo, el caso *Cannabis* del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 90, 145.

29 Art. 2.1 "Toda persona tiene el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral".

30 Sobre este concepto en la Ley Fundamental alemana V. Erichsen, Hans-Uwe "Allgemeine Handlungsfreiheit", en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller Juristische Verlag, Band VI (Freiheitsrechte), Zweite Auflage, Heidelberg, 2001, pp. 1202 y sgte., que destaca que tal concepto no puede ser identificado con ninguna concepción moral específica de la sociedad. V. también sobre tal concepto Steindorff, Ernst "Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung", en AA.VV. *Summun ius summa iniuria*, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, J.P.B. Mohr, Tübingen, 1963, pp. 58 y ss.

establecido, dado que ellos representan los valores básicos que fundan el orden social y político. En consecuencia, la libertad solo puede autolimitarse sobre la base de derechos y libertades que el pueblo mismo, en ejercicio de su poder constituyente, ha definido como los principios jurídicos que han de regular su convivencia y la relación entre sociedad y Estado. De esta forma el poder constituyente ha definido en su Constitución una forma de moral social positiva que ha de regular la sociedad constituida. En tal sentido, la limitación de la libertad con base en normas externas a la Constitución, como lo es una norma moral, significaría limitar el derecho sobre la base de elementos no establecidos en la misma Constitución y, por consiguiente, una limitación *extra constitutione*, es decir, carente de fundamento constitucional.

En este contexto, el Estado así constituido lo ha sido para proteger esos principios, no para proteger o imponer una moral, sea cual sea el origen de esta. Desde esta perspectiva, la limitación de la libertad general de actuación con base en una concepción moral determinada advendría en una forma de imposición de una *determinada* concepción moral, en detrimento de un Estado laico, basado sobre el principio de neutralidad, y en contradicción con el principio pluralista y el principio de tolerancia, en cuanto principios constitucionales implícitos de nuestro ordenamiento constitucional. En efecto, en el modelo de Estado constitucional la coexistencia de diversas formas de pensamiento y de ideologías es un correlato de la forma democrática (art. 3 Const.) y, por lo tanto, el respeto del pluralismo adviene como un principio derivado de ella; de ello se colige el respeto por las diversas concepciones morales como manifestación del pluralismo. Como correlato de lo anterior, también ha de erigirse un principio de tolerancia. En tal sentido, la restricción o sanción por una conducta que

**“... dado que la variada gama de acciones vitales para el desenvolvimiento de la persona se hallan reconocidas por específicos derechos fundamentales, la libertad general de actuación ha de tener una aplicación subsidiaria. Es decir, solo se aplica en tanto una acción o conducta de la persona no está protegida por una libertad específica enunciada en la Constitución.”**

se halla bajo el ámbito de la libertad general de actuación, fundamentada en la moral supondría hacer del ordenamiento jurídico un mecanismo de imposición de una concepción moral y la represión de otra distinta, en clara contravención del principio pluralista y de tolerancia.

Lo antedicho no supone, en absoluto, sugerir el carácter ilimitado de la libertad general de actuación, sino precisar que el límite solo puede provenir de parámetros jurídicos, pero no morales. Como se ha visto, esta libertad general halla significativos límites en determinados principios y derechos constitucionales, de modo que su ejercicio no habrá de significar un descono-

cimiento de ellos, un menoscabo del *orden constitucional*.

Ahora bien, el principio para determinar si la restricción de la libertad general de actuación proveniente de otros derechos fundamentales y bienes constitucionales es una intervención legítima o no es el principio de proporcionalidad. Un tipo recurrente de casos es el de los servidores públicos sancionados en virtud de la potestad disciplinaria. Esto puede ilustrarse con algunos casos. En el del policía de pelo largo sancionado<sup>31</sup> se examina si la prohibición de llevar el pelo por debajo del cuello de la camisa es idónea en relación con la finalidad del uniforme de representar a la autoridad. Se concluye negativamente y, por lo tanto, en la lesión de la libertad general de actuación.

En otro caso<sup>32</sup> se examina si la prohibición de contraer matrimonio a un policía con una persona del mismo sexo afecta la libertad general de actuación. La respuesta puede plantearse en dos formas. La primera es que la libertad de actuación en la vida privada está sustraída a cualquier intervención y, por tanto, la prohibición afecta este derecho fundamental (a diferencia del caso anterior, donde la conducta no pertenece a la vida privada, el descrito se

31 Tribunal Federal Administrativo alemán: BVerwG 2 C 3.05. Sentencia de 2 de marzo de 2006.

32 Tribunal Constitucional de Perú: STC, Exp. N° 2868-2004-AA/TC.

## **P** ROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES NO ENUMERADOS

encuentra subsumido justamente bajo este ámbito). La segunda indagaría en cuanto a si la prohibición es o no idónea con relación a las funciones que debe cumplir el policía, es decir, se indagaría si el cumplimiento de las funciones se vería perjudicado por un policía que se casa con una persona del mismo sexo. La respuesta es negativa. Aun cuando en ambos casos la respuesta es la misma, la vía metodológica empleada es diferente. En el primer caso se subsume, en el segundo se aplica el examen de idoneidad.

Lo anterior sugiere que los casos de conflicto entre la libertad general de actuación y los bienes que justifican una prohibición o un mandato sobre un servidor público —potestad disciplinaria—, pueden resolverse básicamente en atención al principio de idoneidad. La situación ha de ser diferente cuando se trata del conflicto de la libertad general con otros derechos fundamentales o principios donde, si bien ha de aplicarse el principio de proporcionalidad, es particularmente en el subprincipio de ponderación donde ha de ser resuelto.

### **VII. LIBRE DESENVOLVIMIENTO Y PLENITUD DEL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, LA CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS**

El sistema de derechos fundamentales de una Constitución puede ser representado como un sistema axiomático y completo. El carácter axiomático denota la propiedad de ellos de derivarse de determinados principios. La dignidad de la persona es el principio fundamental del que se derivan, uno de ellos es la libertad general de actuación. El carácter completo denota la ausencia de vacíos en el sistema de derechos fundamentales. Conforme a este carácter no hay conducta o actuación que esté desprovista de cobijo en ese sistema, aun cuando no esté enunciado como derecho en nuestro ordenamiento constitucional. La dignidad de la persona y la libertad general de actuación prestan al sistema esta norma de clausura del sistema de derechos.

Ahora bien, dado que la variada gama de acciones vitales para el desenvolvimiento de la persona se halla reconocida por específicos derechos fundamentales, la libertad general de actuación ha de tener una aplicación subsidiaria. Es decir, solo se aplica en tanto una acción o conducta de la persona no está protegida por una libertad específica

enunciada en la Constitución. Para esto debe tenerse en cuenta que los derechos en nuestro sistema están conformados por los derechos enunciados en la Constitución y por todos los enunciados en los tratados internacionales de derechos humanos que conforman nuestro ordenamiento.

Con todo, dado que el contenido de este derecho es tan amplio, se tiene que está garantizado *prima facie* toda actuación o acción de la persona. De esta forma el sistema puede dar a una serie de concretizaciones de esa libertad general, dando cobertura a conductas tan sencillas como llevar un *piercing*, llevar un tatuaje, una cabellera o vestimenta peculiar, hasta otras tan relevantes como la determinación de tener descendencia o la libertad de divertirse.

### **VIII. BIBLIOGRAFÍA**

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1994, pp. 309-356 ("Das allgemeine Freiheitsrecht").

ERICHSEN, Hans-Uwe. "Allgemeine Handlungsfreiheit", en: Josef Isensee y Paul Kirchhof. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. C.F. Müller Juristische Verlag, Band VI (Freiheitsrechte), Zweite Auflage, Heidelberg, 2001, pp. 1185-1220.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995, pp. 183-185 ("Freie Entfaltung der Persönlichkeit").

HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. Auflage, Böhlau Verlag, Köln, 1967, pp. 175-220 ("Das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit").

NIPPERDEY, Hans Carl. "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", en: Karl August Bettermann y Hans Carl Nipperdey. *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, 4. Band (Grundrechte und institutionelle Garantien), 2. Halbband, Duncker & Humblot, Berlín, 1962, pp. 741-909.

SCHOLZ, Rupert. "Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en: *Archiv des öffentlichen Rechts*. Nº 100, 1975, pp. 80 y ss., 265 y ss.