



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# ¿QUÉ PROTEGE EL AMPARO, CONTENIDO CONSTITUCIONAL O CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL?

Luis Castillo-Córdova

Perú, junio de 2013

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho



Esta obra está bajo una [licencia](#)  
[Creative Commons Atribución-](#)  
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

## ¿QUÉ PROTEGE EL AMPARO, CONTENIDO CONSTITUCIONAL O CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL?

Luis CASTILLO CÓRDOVA\*

### I. INTRODUCCIÓN

De los derechos fundamentales pueden ser planteadas numerosas cuestiones. La principal de todas ellas es la siguiente: ¿a qué da derecho un derecho fundamental? Esta pregunta necesariamente significa cuestionarse por su contenido jurídico. En efecto, la pregunta podría ser respondida en términos genéricos de la manera siguiente: un derecho fundamental da derecho a lo que su contenido jurídico establezca. Este contenido jurídico puede tener al menos los dos niveles normativos siguientes: uno constitucional, infraconstitucional el otro. Aquí solamente será tratado el primero porque del mismo interesará preguntarse acerca de su protección constitucional.

El Código Procesal Constitucional es la ley de desarrollo constitucional del artículo 200 de la Constitución, en la cual se contienen una serie de normas constitucionales que se adscriben a la norma directamente estatuida<sup>1</sup> desde la complejidad de la mencionada disposición constitucional<sup>2</sup>. Una de las disposiciones del Código Procesal Constitucional dice lo siguiente:

Artículo 5: “No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

---

\* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura.

<sup>1</sup> Sobre normas constitucionales directamente estatuidas y normas adscritas, cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, ps. 63–73.

<sup>2</sup> Por esta razón el Código procesal Constitucional pertenece al bloque de constitucionalidad. Sobre el bloque cfr. HAKANSSON NIETO, Carlos, *Curso de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Palestra editores – Universidad de Piura, Lima 2012, ps. 163–186.



En la doctrina nacional<sup>3</sup> y comparada<sup>4</sup>, así como en la jurisprudencia constitucional también nacional<sup>5</sup> y comparada<sup>6</sup>, es normal encontrar referencia al contenido esencial de los derechos fundamentales, antes que al contenido constitucional. La cuestión se abre paso por sí misma: ¿se hace referencia a lo mismo cuando se habla de contenido esencial que cuando se alude al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental? La respuesta a esta pregunta permitirá las condiciones para responder a esta otra: ¿es posible sostener que el amparo constitucional en el Perú protege tanto uno como otro contenido? A resolver estas cuestiones se destinan las páginas siguientes.

## II. TEORÍAS SOBRE EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL Y EL CONTENIDO ESENCIAL

Varias son las teorías que han sido dadas acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales<sup>7</sup>. Aquí interesará mostrar simplícidamente solo dos, la llamada teoría absoluta y la llamada teoría armonizadora.

### 1. *La teoría absoluta*

La teoría absoluta propone diferenciar el contenido esencial del contenido no esencial o periférico del derecho fundamental. El primero de ellos vendría a significar el núcleo del derecho, sin el cual no sería reconocible el derecho como tal<sup>8</sup> y por lo que llega a significar un límite insuperable cuya trasgresión significaría la vulneración del derecho<sup>9</sup>. Mientras que el segundo sería un contenido periférico que no configuraría la esencia del derecho, por lo que podría ser restringido<sup>10</sup>, lesionado<sup>11</sup> o sacrificado<sup>12</sup> sin que el derecho fundamental pueda ser tenido como vulnerado siempre que tal restricción, lesión o sacrificio sea necesario para permitir la vigencia de otro derecho fundamental o de un bien jurídico constitucional<sup>13</sup>. En

<sup>3</sup> Por todos cfr. ABAD YUPANQUI Samuel, “Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio Preliminar”, en *Revista Themis*, Segunda Época N° 21, Lima 1992.

<sup>4</sup> Por todos cfr. MARÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997.

<sup>5</sup> Por todas véase las múltiples referencias al contenido esencial que se efectúa en la sentencia al EXP. N.º 1417-2005-AA/TC.

<sup>6</sup> La figura de la garantía del contenido esencial (*Wesensgehaltgarantie*) nace en la jurisprudencia constitucional del derecho alemán. Para un estudio de esta garantía en el derecho alemán con numerosas referencias jurisprudenciales, véase HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre des Gesetzesvorbehalts*, 3rd ed., Heidelberg 1983 (Hay traducción al español realizada por Joaquín Brage Camazano con el título de Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, Dykinson, Madrid 2003).

<sup>7</sup> Sobre tales teorías véase BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, ps. 405 y ss.

<sup>8</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 3, Madrid 1981, p. 187.

<sup>9</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid 1990, p. 148.

<sup>10</sup> Término empleado por Prieto Sanchís. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 227.

<sup>11</sup> Término empleado también por Prieto Sanchís. Idem., p. 239.

<sup>12</sup> Así, Alexy habla de sacrificios innecesarios (*unnötiger Opfer*) y de sacrificios necesarios (*erforderlichen Opfer*). ALEXY, Robert, “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 61, 2002, p. 25.

<sup>13</sup> Cfr. HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial*, ob. cit., ps. 51 y ss.

este contexto, adquiere significado la ponderación, como el instrumento a través del cual se determinará qué (contenido no esencial de un) derecho fundamental en conflicto ha de ser sacrificado para permitir el ejercicio del (contenido esencial o accidental) del otro derecho fundamental en pugna<sup>14</sup>.

Si nos preguntásemos por el rango normativo de una y otra parte del contenido del derecho fundamental, habría que reconocer que la parte esencial tiene rango constitucional porque hace al derecho fundamental mismo, es decir, sin ese contenido esencial sencillamente no se habría constitucionalizado el derecho fundamental. El problema puede presentarse respecto de la parte no esencial. Y el problema se presenta porque, primero, no está claro que el contenido del derecho fundamental tenga dos partes; y segundo, aún reconociendo que tiene dos partes, no está claro por dónde pasar la línea que divide un contenido del otro. No obstante, hay un elemento de juicio que puede ser relevante: la razón que justifica el sacrificio del contenido no esencial del derecho fundamental. Si el contenido no esencial puede sacrificarse sólo cuando sea necesario para salvar otro derecho o bien jurídico constitucional, entonces, la parte no esencial solo podrá tener rango constitucional. Dicho negativamente, el sacrificio de la parte no esencial estará proscrito cuando el derecho o bien jurídico razón del sacrificio sean infraconstitucionales (por ejemplo, sean solo derechos o bienes jurídicos legales).

De manera tal que es posible sostener que en la teoría absoluta el contenido constitucional de un derecho fundamental viene conformado tanto por el llamado contenido esencial como por el contenido no esencial. Por eso, esta teoría puede ser tenida como una teoría acerca del contenido constitucional de los derechos fundamentales. Consecuentemente, en la teoría absoluta, contenido constitucional y contenido esencial no coinciden, el primero es necesariamente más amplio que el segundo.

## 2. La teoría armonizadora

La situación es distinta desde la teoría armonizadora. Desde esta, el contenido constitucional del derecho fundamental es todo él esencial en la medida que brota de la esencia del derecho<sup>15</sup>, es decir, de aquello que hace que tal derecho sea ese y no otro diferente. Y todo el contenido constitucional es limitado, ilimitable y delimitable<sup>16</sup>. Bajo esta teoría el contenido constitucional del derecho fundamental coincide con su contenido esencial. Esta teoría solo puede sostenerse desde una definición material de los derechos fundamentales.

<sup>14</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid 2004, ps. 48 y ss.

<sup>15</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Palestra editores, Lima 2007, p. 236.

<sup>16</sup> Cfr. SERNA BERMÚDEZ, Pedro. “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, en *Humana Iura* 4, Pamplona, 1994; MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000; CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000.



Una tal definición sostiene que los derechos humanos son bienes humanos debidos a la persona por ser tal<sup>17</sup>, se presentan como exigencias de justicia que se formulan desde la persona y para la persona<sup>18</sup>, convirtiéndose en intereses materiales indisponibles<sup>19</sup>. Un elemento esencial de la Constitución del Estado constitucional es su contenido material<sup>20</sup>. Este contenido material viene conformado precisamente por la constitucionalización de las exigencias de justicia que significan los derechos humanos<sup>21</sup>. Los derechos humanos constitucionalizados son los derechos fundamentales, de modo que estos han de ser tenidos como exigencias de justicia constitucionalizada.

Estas exigencias de justicia pueden ser constitucionalizadas a través de disposiciones y normas de tres tipos: de máxima generalidad, de relevante generalidad, de ninguna generalidad. A continuación se procede a explicarlas.

### III. FORMAS JURÍDICAS DE RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

#### 1. *Disposiciones de máximo grado de generalidad lingüística y normas de máximo grado de indeterminación normativa*

La primera manera como puede constitucionalizarse las exigencias de justicia que significan los derechos humanos, está conformada por las disposiciones constitucionales de máximo grado de generalidad lingüística, de las que es posible concluir normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa<sup>22</sup>. En este tipo de disposiciones y normas iusfundamentales consiguientes, el Constituyente se limita a reconocer el bien humano que está detrás del derecho humano constitucionalizado.

Así, por ejemplo en el artículo 2.24 de la Constitución peruana se ha recogido la siguiente disposición:

D<sub>2.24</sub>: Toda persona tiene derecho a la libertad personal.

---

<sup>17</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, en SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, ps. 31–72.

<sup>18</sup> En este contexto, el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de unos derechos (humanos) anteriores al derecho positivo. Así ha dicho: “la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal”. EXP. N.º 4637–2006–PA/TC, fundamento 45.

<sup>19</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª edición, Trotta, Madrid 2007, p. 94.

<sup>20</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La Constitución como objeto de control constitucional”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 55, julio 2012, ps. 274–275.

<sup>21</sup> No cabe duda que ha sido el constitucionalismo alemán el que más y mejor ha contribuido a una definición material de la Constitución. Como bien se ha apuntado, “la mayor reformulación del constitucionalismo alemán consistió en concebir a la Constitución no tanto como un límite al poder estatal respecto a la libertad de los ciudadanos, sino, sobre todo, como la proclamación jurídica de los valores fundamentales del orden de la vida de la sociedad, entre los que sobresalen los derechos humanos”. CRUZ, Luis, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada 2005, p. 130.

<sup>22</sup> Para una diferenciación entre disposición y norma véase GUASTINI, Riccardo, “Disposición vs. Norma”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael, *Disposición vs. Norma*, Palestra, Lima 2011, ps. 133–156.

De esta disposición de la Constitución es posible concluir la norma constitucional siguiente:

N<sub>2.24</sub>: Está ordenado respetar la libertad personal.

## *2. Disposiciones con algún grado de generalidad lingüística y normas con algún grado de interminación normativa*

La segunda manera de constitucionalizar las exigencias de justicia que significan los derechos humanos, acontece a través de las disposiciones iusfundamentales con algún grado de generalidad lingüística, las mismas que dan origen a normas con algún grado de indeterminación normativa. Habrá algún grado de indeterminación normativa cuando sea necesaria una concreción (determinación o precisión) de alguno de los elementos que conforman el mandato jurídico, tanto en su supuesto de hecho como en su consecuencia jurídica.

Ahora conviene proponer un ejemplo. Es una disposición de este segundo tipo el artículo 2.24.f de la Constitución:

D<sub>2.24.f</sub>: Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

Desde aquí es posible concluir la norma constitucional siguiente:

N<sub>2.24.f</sub>: Está prohibido ser detenido sin mandamiento escrito y motivado del Juez ni por las autoridades policiales salvo en caso de flagrante delito.

En el contenido de esta norma existen expresiones normativamente indeterminadas como “mandamiento motivado” o “flagrante delito”, que exigen ser precisadas para la ejecución de lo prohibido; es por tanto, una norma con grado relevante de indeterminación normativa.

## *3. Disposiciones sin grado de generalidad lingüística y normas sin grado de interminación normativa*

Finalmente, la tercera manera de constitucionalización se conforma por aquellas disposiciones que se formulan sin grado alguno o con grado irrelevante de generalidad lingüística y, consecuentemente, dan origen a normas sin grado de indeterminación normativa o, dicho de otro modo, normas de máximo grado de determinación normativa. Son tales aquellas normas para cuya definición completa no se requiere de concreción o precisión alguna, o si alguna se requiere es irrelevante para el cumplimiento del mandato jurídico dispuesto.

Puede ser dado como ejemplo el siguiente:



D<sub>2.24.f</sub>: El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro de las veinticuatro horas.

Desde esta disposición es posible formular la norma iusfundamental siguiente:

N<sub>2.24.f</sub>: Está ordenado poner al detenido a disposición del juzgado correspondiente dentro de las veinticuatro horas.

En este tipo de normas la orden es precisa y no requiere de una adicional concreción para determinar el contenido de la prohibición. En el ejemplo propuesto la orden es precisa: nadie puede permanecer más de 24 horas detenido sin ser puesto a disposición del juzgado correspondiente. Es verdad que la Constitución no precisa cuál es el juzgado correspondiente, pero sí establece todos los elementos jurídicos del mandato que permite su ejecución por parte del obligado.

#### 4. *Relaciones entre las formas de constitucionalización*

Todos los derechos fundamentales pueden ser constitucionalizados a través de alguna o todas de estas tres formas mostradas. Una vez establecidas cada una de ellas, conviene preguntarse acerca de la relación entre ellas tres de cara a establecer la relación entre contenido esencial y contenido constitucional. Para la determinación de la relación servirá los ejemplos antes propuestos.

##### A. Equiparación entre contenido esencial y contenido constitucional

Las normas de máximo grado de indeterminación normativa significa la constitucionalización del contenido esencial del derecho fundamental. En efecto, en este tipo de normas constitucionales la indeterminación normativa es máxima, sin que pueda considerarse que se ha constitucionalizado una fórmula jurídica hueca, puesto que, primero, no cabe duda que ha sido constitucionalizado un derecho fundamental, por ejemplo, el derecho fundamental a la libertad personal; y segundo, si se ha constitucionalizado el derecho fundamental –del cual no se ha dicho más que el nombre del bien humano que lo justifica (en el ejemplo, “libertad personal”)–, se ha constitucionalizado al menos aquello que hace que ese derecho fundamental sea tal derecho y no otra cosa distinta, es decir, se ha constitucionalizado la esencia del derecho fundamental. La esencia de tal derecho bien puede ser tenida como su contenido esencial. De modo que es posible sostener que a través de estas disposiciones se constitucionaliza el contenido esencial de un derecho fundamental, y a través de la norma que directamente se estatuye de ella, se ha ordenado el respeto al contenido esencial del derecho fundamental constitucionalizado.

En las normas de máximo grado de indeterminación normativa nada ha sido dicho aún de los elementos que conforman el contenido esencial del derecho fundamental constitucionalizado. De tales elementos dan cuenta los otros dos tipos de normas constitucionales. En lo que respecta a las normas con algún grado relevante de indeterminación normativa, han de ser tenidas siempre como una concreción de las normas



con máximo grado de indeterminación normativa. Son, por ello, concreciones del contenido esencial del derecho humano, por lo que están llamadas a conformar también el contenido esencial del derecho fundamental. Así, en el ejemplo propuesto arriba, la norma N<sub>2.24.f</sub> ha concretado la norma de máxima indeterminación normativa N<sub>2.24</sub> a través de la cual, como se dijo ya, se constitucionaliza el contenido esencial del derecho a la libertad personal. Pero siendo una concreción no pierde completamente su grado de generalidad, sino que lo conserva en alguna medida relevante, así lo demuestran las expresiones “mandamiento motivado” o “flagrante delito”, que exigen ser precisadas para la ejecución de lo prohibido. Esta concreción es manifestación directa del contenido esencial del derecho humano a la libertad personal, razón por la cual ha de ser considerada como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal.

Mientras que las normas de irrelevante grado de indeterminación normativa son siempre concreciones de los otros dos tipos de normas constitucionales: de las de algún grado de indeterminación normativa serán concreciones directas; y serán indirectas respecto de las de máximo grado de indeterminación normativa. En uno y otro caso, las normas con irrelevante grado de indeterminación normativa están llamadas a conformar el contenido esencial del derecho fundamental respectivo, siempre que venga exigida por el bien humano que le da justificación<sup>23</sup>, lo que supondrá que estas normas conformen el contenido esencial del derecho fundamental correspondiente<sup>24</sup>. En el ejemplo, N<sub>2.24.f</sub> es manifestación directa del bien humano que define el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal, razón por la cual ha de ser considerada como parte de su contenido esencial.

De esta forma, es posible sostener que en cada una de estos tres tipos de normas constitucionales se constitucionaliza el contenido esencial del derecho fundamental, ya sea a través de una formulación genérica (normas de máximo grado de indeterminación normativa), ya sea a través de concreciones de la formulación genérica (normas con algún grado o sin grado relevante de indeterminación normativa). Una definición básica de contenido constitucional de un derecho fundamental se formularía así: aquel contenido que está recogido en la Constitución. Consecuentemente, es posible concluir que contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental equivale a su contenido esencial (genérico o concretado en la Constitución).

## B. Excepción a la equiparación

Desde un punto de vista teórico, es posible pensar en una excepción a esta equiparación concluida. Tal cosa ocurriría cuando en la Constitución se constitucionalice como una concreción del contenido esencial de un derecho fundamental algo que no viene reclamado

<sup>23</sup> En palabras del Tribunal Constitucional, “[u]n derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa”. EXP. N.º 1417–2005–PA/TC, fundamento 10.

<sup>24</sup> Hay que reconocer que este tipo de disposiciones y normas son escasas en la parte dogmática de la Constitución, siendo más numerosas en su parte orgánica debido a que esta no es consecuencia de exigencias de justicia, sino de exigencias de conveniencia.



por el bien humano que justifica la existencia del derecho fundamental respectivo. Un ejemplo servirá para entender esta posibilidad. Imaginemos que el Constituyente ha decidido la siguiente disposición:

D: Toda persona tiene derecho a la pensión, la misma que deberá ser cobrada el último día hábil de cada mes.

Desde esta disposición es posible concluir las dos normas siguientes:

N<sub>1</sub>: Está ordenado respetar el contenido esencial del derecho a la pensión.

N<sub>2</sub>: Está ordenado pagar la pensión el último día hábil de cada mes.

De estas dos normas constitucionales, N<sub>1</sub> es una con máximo grado de indeterminación normativa; mientras que N<sub>2</sub> es una norma que la concreta. Tanto N<sub>1</sub> como N<sub>2</sub> conforman el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión; pero N<sub>2</sub> no hace a la esencia de tal derecho porque para el bien humano que lo justifica es irrelevante que la pensión se pague a inicios a mitad o a final de mes, siempre que se pueda cobrar en espacios de tiempo razonable. En este caso, N<sub>2</sub> sería contenido constitucional solo formalmente con base en un criterio de pertenencia (es constitucional porque está recogido en la Constitución), pero es infraconstitucional desde un punto de vista material, porque no viene reclamado por la esencia del derecho a la pensión debido a que no representa una exigencia de justicia. De esta manera N<sub>2</sub> es contenido constitucional pero no es contenido esencial.

#### IV. ¿QUÉ PROTEGE EL AMPARO, CONTENIDO ESENCIAL O CONTENIDO CONSTITUCIONAL?

Con lo hasta aquí desarrollado se está en condiciones de afrontar la segunda pregunta planteada en la introducción: ¿el amparo constitucional en el Perú protege tanto contenido constitucional como contenido esencial de un derecho fundamental? La respuesta ha de construirse también según una teoría absoluta o una teoría armonizadora. Como se explicó ya, desde una teoría absoluta es posible sostener que el contenido constitucional no coincide con el contenido esencial del derecho fundamental, porque aquél incluye tanto al contenido esencial como al no esencial. La aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional exigiría que el amparo protegiese tanto el contenido esencial como el no esencial del derecho fundamental. Esto supone un irremediable problema para la teoría absoluta. Tal problema es que por un lado la teoría absoluta afirma que el contenido constitucional no esencial de un derecho fundamental puede ser sacrificado, restringido o lesionado, y por otro lado, la norma procesal constitucional le ordena al amparo que proteja el contenido constitucional del derecho fundamental, incluido el no esencial. Y proteger significa no permitir ni sacrificio, ni restricción ni lesión (del contenido constitucional no esencial del derecho fundamental).

Esta es una cuestión de coherencia dogmática y de compatibilidad procesal que no podrá resolver satisfactoriamente quienes profesan la teoría absoluta en el Perú y a la vez pretende la aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional. Como no podrán resolverlo, se enfrentan a una decisiva incoherencia dogmática: han de interpretar que el artículo 5.1 de la Constitución no hace referencia al contenido no esencial, sino solamente al contenido

esencial del derecho fundamental; y se enfrentan también a una categórica incompatibilidad procesal: han de emplear el proceso de amparo para justificar el sacrificio, lesión o restricción del contenido constitucional no esencial de un derecho fundamental, para permitir la salvación del contenido esencial o no esencial de otro derecho fundamental con el que entra en conflicto.

Y es que no es la teoría absoluta la que es compatible con el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, sino que esta compatibilidad es posible de ser reconocida de la teoría armonizadora. En efecto, para esta teoría el contenido constitucional del derecho fundamental no tiene dos partes, sino que es una sola realidad, y todo ese contenido vincula de modo que no puede ser limitado ni restringido. Precisamente porque no podrá ser limitado ni restringido ni lesionado, se entiende perfectamente que el amparo deba protegerlo y asegurarlo.

En el sistema constitucional peruano, o el amparo se emplea para asegurar la plena vigencia de todo el contenido constitucional de un derecho fundamental; o sencillamente se desnaturaliza al emplearlo para restringir o sacrificar parte del contenido constitucional (la parte no esencial) del derecho fundamental.

#### V. CONCLUSIONES

El legislador ha ordenado que el amparo proteja el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Esta orden es una concreción del artículo 200 de la Constitución, de modo que se adscribe a la norma directamente estatuida que brota de la mencionada disposición constitucional. El cabal cumplimiento de esta norma constitucional adscrita solo es posible si se equipara contenido constitucional y contenido esencial de un derecho fundamental. Por el contrario, se incumple esta norma si es que se admite que el contenido constitucional de un derecho fundamental tiene una parte esencial y una parte no esencial, y se destina el proceso de amparo para legitimar la restricción o sacrificio del contenido constitucional no esencial. Y se incumple porque en lugar de proteger y asegurar el contenido constitucional no esencial, se emplea al amparo como instrumento para justificar su sacrificio.

Esto comprueba que la dimensión procedimental de la Constitución estará siempre subordinada y consecuentemente influida por su dimensión material. Todo concepto de proceso constitucional de defensa de derechos fundamentales, se sostendrá de la mano de un concepto de Constitución y de derechos fundamentales. Si bien no es posible obligar a los operadores jurídicos (particularmente el Tribunal Constitucional) a que abracen una determinada teoría acerca de los derechos fundamentales, lo que sí se puede y debe exigirles es coherencia, en este caso, entre un ordenado objetivo del proceso de amparo y el concepto de contenido constitucional del derecho fundamental que se ha de manejar. Y más aún, se les ha de exigir que si, como ocurre en el caso peruano, el legislador ha decidido debidamente (por tanto, dentro de su margen de acción legislativa) un determinado modo de entender el amparo constitucional, el operador jurídico deberá tomar aquellas doctrinas materiales que se condigan mejor con la decisión legislativa.



De esta manera, a la consideración de que el contenido constitucional de un derecho fundamental cuenta tanto con una parte esencial como con otra no esencial (teoría absoluta), no solo tiene el inconveniente material de permitir sacrificios o restricciones de la Constitución<sup>25</sup>, sino también el inconveniente procesal de ser incompatible con el decidido objetivo del proceso de amparo de proteger el contenido constitucional del derecho fundamental.

---

<sup>25</sup> El principio de normatividad de la Constitución manda que la Constitución sea cumplida completamente y no solo parcialmente. Admitir que existe un contenido constitucional (no esencial) sacrificable o restringible, es admitir que parte de la Constitución no vincula efectivamente, es decir, no es normativa. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 14, 2010, p. 100.