



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# ACERCA DE LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL Y DE LA DOBLE DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis Castillo-Córdova

Perú, 2002

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

## I. Introducción

En la doctrina constitucional de hoy en día es generalmente aceptado que el problema de los derechos humanos no consiste en determinar su fundamento<sup>1</sup>, ni radica en su reconocimiento o formulación jurídica<sup>2</sup>, sino que el principal problema que afrontan los derechos humanos y, con ellos los derechos fundamentales, es el concerniente a su eficacia y realización<sup>3</sup> y, consecuentemente, al sistema de garantías que constitucional o legalmente se haya previsto para alcanzar su efectividad. De ésta manera, se ha hecho supeditar la vigencia de los derechos fundamentales a la vigencia de sus garantías<sup>4</sup>; e incluso, se ha predicado su inexistencia jurídica cuando no se les ha dotado de garantía alguna<sup>5</sup>.

Pero si bien la existencia de un adecuado y eficaz sistema de protección y aseguramiento de los derechos fundamentales es imprescindible para la eficacia de estos, no se puede esperar que resuelva por completo todas las dificultades de “eficacia y realización” que puedan presentar, sobre todo si se desea que la solución sea verdaderamente justa. Muy por el contrario, un sistema de garantías de derechos fundamentales se mostrará ineficaz si para su aplicación e incluso si para su formulación jurídica, no se conoce convenientemente lo que es objeto de aseguramiento: el contenido del derecho constitucionalmente reconocido. No se puede formular ni aplicar un sistema de garantías de derechos fundamentales si antes no se conoce cuales facultades y atribuciones y con qué alcance dispensa un determinado derecho fundamental a su titular.

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. *Presente y porvenir de los derechos humanos*. En “Anuario de Derechos Humanos”, n° 1, 1982, p. 10.

<sup>2</sup> MONTORO BALLESTEROS, Alberto. *Utopía y realidad en la protección de los derechos humanos (Algunos problemas actuales del Estado de Derecho)*. En “Persona y Derecho”, n° 23, 1990, p. 253.

<sup>3</sup> LÓPEZ CALERA, Nicolás María. *Naturaleza dialéctica de los derechos fundamentales*. En “Anuario de Derechos Humanos”, n° 6, 1990, p. 71.

<sup>4</sup> Dran es categórico en este sentido al afirmar que “las libertades no valen en la práctica más que lo que valen sus garantías”. DRAN, Michel. *Le controle juridictionnel et la garantie des Libertés publiques*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1968, p. 8.

<sup>5</sup> Ha escrito Prieto Sanchís que “cuando el sistema de derechos fundamentales no ofrece al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no cabe hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de los derechos. Las libertades públicas que sean sólo y únicamente reflejo de obligaciones, y que, por tanto, carezcan de garantías eficaces, no son unas libertades públicas incompletas o imperfectas; sencillamente no tienen existencia jurídica”. PRIETO SANCHÍS, Luis. *El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la Constitución Española*. En “Anuario de Derechos Humanos”, n° 2, 1983, p. 370.



De modo que en sentido estricto, primero se debe hablar de determinación del contenido de un derecho fundamental y después de la garantía del mismo<sup>6</sup>.

En la medida que los derechos fundamentales vienen recogidos en normas constitucionales generales, abiertas y algunas veces indeterminadas, una definición acertada de su contenido dependerá de una adecuada actividad interpretativa<sup>7</sup>. Esta actividad interpretativa de la norma constitucional, que no es la misma que la actividad interpretativa de la norma legal<sup>8</sup>, viene influida –entre otros- por los siguientes dos factores: primero, el fundamento que se le atribuya a los derechos fundamentales, pues son distintas las consecuencias que se obtienen de interpretar un derecho según una perspectiva positivista, que desde una perspectiva iusnaturalista; y segundo, la formulación de la norma constitucional en la que haya sido reconocido el derecho, formulación que es el punto de partida para la determinación de lo constitucionalmente permitido por un derecho<sup>9</sup>.

Sobre estos factores no se abundará aquí. En lo que a ellos respecta, simplemente se debe afirmar que el presente trabajo parte de los siguientes dos presupuestos. Primero, la existencia de una realidad cognoscible (determinable) y anterior a la formulación normativa de los derechos: la naturaleza humana, la misma que es reconocida jurídicamente cuando se proclama en la Constitución la dignidad humana como principio ordenador de todo un sistema jurídico y con ella toda una serie de derechos que son

---

<sup>6</sup> En este sentido se debe coincidir con Martínez-Pujalte cuando afirma que “[c]uando se presenta ante el operador jurídico un problema relacionado con un derecho fundamental, la primera tarea que debe abordarse es la determinación del contenido esencial del derecho”. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales*. En “Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol”, n° 32, Valencia, 2000, p. 126.

<sup>7</sup> Hesse ha escrito sobre la interpretación constitucional que hay casos que “para su solución la Constitución no contiene un criterio claro; es decir, en todos los casos de interpretación constitucional, la Constitución o el Constituyente en verdad aún no han decidido, sino sólo han dado más o menos numerosos e incompletos puntos de apoyo para la decisión”. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. C. F. Müller, Heidelberg 1995, 20 Auflage, p. 22, Rn 56. También Pérez Luño cuando afirma que “[d]e ahí, que la interpretación constitucional tenga por objeto la atribución de significado a manifestaciones del lenguaje normativo abierto a diferentes sentidos posibles, pero no la ejecución de mandatos unívocos y concluyentes. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La interpretación de la Constitución*”. Revista de las Cortes Generales, n° 1, 1984, p. 93.

<sup>8</sup> En la doctrina alemana se ha resaltado con acierto la imposibilidad de equiparar la interpretación del texto constitucional con la del texto legal. Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandaufnahme und Kritik*. En “Neue Juristische Wochenschrift”, n° 46, 1976, p. 2091; y STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Band I. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1988, p. 125 y ss.

<sup>9</sup> Estos dos factores fueron ya mencionados al empezar este trabajo. El fundamento y el reconocimiento de los derechos fundamentales, no es que no sean problemas, sino que de algún modo ya han sido superados, de modo que el principal problema que queda ahora por afrontar, como ya se dijo, es el de la eficacia de los derechos fundamentales.

referidos del hombre en cuanto portado de la mencionada dignidad<sup>10</sup>. Consecuentemente, y segundo, que los medios interpretativos para determinar los alcances del contenido de los derechos fundamentales, no se reducen exclusivamente a lo establecido en la norma (constitucional o legal), sino que abarca elementos extrajurídicos: la formulación normativa es simplemente el punto de inicio<sup>11</sup>.

Sobre lo que sí se va a abundar en este trabajo es acerca de la determinación de criterios que permitan en cada caso concreto establecer cual es el contenido y alcance de lo constitucionalmente protegido y, consecuentemente, de lo que ha de ser objeto de protección –constitucional y legal- a través de una garantía. Para ello se estudiarán dos temas: primero, la garantía del llamado “contenido esencial” de los derechos fundamentales; y segundo, el principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales. Este estudio se realizará dentro del marco del ordenamiento constitucional español, con especial relevancia a la doctrina jurisprudencial que el Tribunal Constitucional Español (en adelante TC) ha establecido sobre los dos mencionados temas. Y se hará desde este ordenamiento constitucional porque ha constituido y constituye fuente jurídica para la formulación de la norma constitucional peruana. Complementariamente se acudirá también a la doctrina alemana en cuanto ésta ha influido notablemente en la formulación y desenvolvimiento de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE).

En uno y otro caso, se tendrá muy en cuenta el texto del Proyecto de reforma de la Constitución peruana (en adelante el Proyecto), pues en definitiva, el objetivo principal de éste trabajo es analizar los beneficios y desventajas que en él se recogen respecto de los temas que aquí se estudiarán, a fin no sólo –si fuese el caso- de proponer una distinta regulación, sino de incorporar criterios de interpretación de la regulación propuesta en la línea de lograr un vigencia plena de los distintos derechos fundamentales ahí reconocidos.

## II. La llamada garantía del “contenido esencial” de los derechos fundamentales

<sup>10</sup> Así por ejemplo, en el caso español se lee en el artículo 10.1 CE: “[l]a dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad (...) son fundamento del orden político y de la paz social”. Mientras que en el Proyecto de reforma constitucional peruano, se lee en el primer artículo del preámbulo: “[l]a persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado. La vida y la dignidad humana son intangibles”.

<sup>11</sup> Estos dos presupuestos se notarán claramente cuando se aborde el tema del llamado “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Por lo pronto, parece llevar razón Santamaría cuando afirma que “[l]a propia inaprensibilidad de la norma escrita, perdida en el bosque inextricable del sistema normativo, ha llevado a una creciente desconfianza en la legislación formal, haciendo volver los ojos hacia una vida jurídica basada en grandes y sencillos principios, en la justicia del caso concreto”. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de derecho administrativo*, V. I, Madrid 1988, p. 304.



## 1. Definición general de la garantía

La justicia o injusticia que pueda significar la solución de las distintas controversias que involucren derechos fundamentales, depende de la actividad interpretativa que se lleve a cabo con el objeto de definir en cada caso concreto cual es el contenido que protege o garantiza el derecho fundamental que está en juego. Se trata de una actividad interpretativa tanto de la norma como de los hechos que consiste en determinar si el acto o los actos que se enjuician en un caso caen dentro o fuera del ámbito protegido por un derecho fundamental a fin de otorgarles o no protección constitucional. Por ejemplo, se trata de determinar si una declaración o declaraciones dentro de un contexto determinado, es producto del ejercicio regular de la libertad de expresión o de la libertad de información, y por ello protegibles constitucionalmente; o por el contrario, constituyen una vulneración del contenido protegido por el derecho al honor o a la intimidad de un tercero afectado por las referidas declaraciones. Pero no sólo eso, sino que la determinación del contenido de un derecho ayuda a establecer si una acción o una omisión del Poder público (en particular del Legislador) es constitucionalmente legítima o por el contrario debe ser rechazada por constituir una restricción o afectación indebida de ese contenido.

Por todo ello, la correcta determinación del contenido y alcance de un derecho fundamental es la principal cuestión a la que debe enfrentarse el operador jurídico que tiene a su cargo la solución de cuestiones que involucran derechos fundamentales<sup>12</sup>. Por eso, en este primer apartado se estudiará acerca de la llamada garantía “del contenido esencial” de los derechos fundamentales cuya formulación general afirma que todo derecho fundamental cuenta con un contenido determinable el mismo que vincula al Poder público en general y al Legislador en particular. Definida de esta manera la garantía, no puede generar más que un inmediato y pleno acuerdo, más aún cuando así lo exige el principio de normatividad de la Constitución, por el cual todas las disposiciones contenidas en el texto constitucional no son simples declaraciones retóricas o enunciados de principios sin vinculación ni materialización ninguna, sino que son disposiciones que deben obligar real y efectivamente a sus destinatarios. Si no existe un determinado contenido de un derecho fundamental que vincule y obligue no sólo como una frontera infranqueable, sino a la vez como directrices de actuación al Poder público en general y al Legislador en particular (y según las circunstancias, también los particulares), entonces ocurrirá que ese derecho fundamental sólo tendrá vigencia “formal” pero no material en la realidad.

Los problemas y eventuales desacuerdos se presentan justamente al momento de determinar lo que se entiende o lo que debe entenderse por “contenido esencial” del derecho, y el grado de “vinculación” del Poder público a ese contenido. A continuación, se intentará establecer los elementos para definir el alcance tanto del “contenido” como de la

---

<sup>12</sup> Cfr. MÜLLER, Friedrich. *Die Posivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*. Duncker & Humblot, Berlín 1990, 2<sup>o</sup> Auflage, p.40 y ss.

“vinculación”, y –como ya se apuntó– se hará desde el ordenamiento constitucional español porque es de ahí de donde parece haberse inspirado la formulación de la garantía del contenido esencial en el Proyecto, complementado con referencias al ordenamiento y doctrina constitucional alemanas, que es de donde se inspira la regulación de ésta garantía en la CE.

## 2. Definición de la garantía en la CE y el TC

El artículo 53.1 de la CE dispone que “[l]os derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”; ley que según lo dispuesto en el artículo 81 CE deberá ser orgánica: “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales”. La primera de las disposiciones constitucionales encuentra su inspiración en el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante LF), en cuyo inciso 1 se establece que “cuando según esta Ley Fundamental un derecho pueda limitarse por ley o en virtud de una ley, la ley será general y no valdrá para un caso singular; y en el inciso 2 se dispone la llamada *Wesengehaltsgarantie* (garantía del contenido esencial): “[e]n ningún caso puede un derecho fundamental ser afectado en su esencia”<sup>13</sup>.

La forma como se ha regulado la garantía tanto en la CE como en la LF, pareciera que debe ser predicada sólo del Poder público en su función legislativa, es decir, respecto del Legislador cuando aprueba normas de desarrollo constitucional. Sin embargo, lo cierto es que esta garantía puede y debe ser predicada del Poder público en su función Ejecutiva y Judicial, y hasta de los particulares, en tanto todos ellos están en condición de afectar el “contenido esencial” de derechos reconocidos constitucionalmente.

La formulación del artículo 19.2 de la LF justifica que en la doctrina alemana se haya configurado la *Wesengehaltsgarantie* como un *Schranken-Schranken*, es decir, como un “límite a los límites” o como una “restricción a las restricciones” de los derechos fundamentales<sup>14</sup>. El constituyente alemán ha previsto la posibilidad que un derecho fundamental pueda ser “limitado”, “restringido” por una ley de manera constitucional siempre que la referida ley se adecue a determinadas exigencias, entre ellas y según el artículo 19.2 LF, que la ley no afecte el “contenido esencial” del derecho fundamental que

---

<sup>13</sup> Para Häberle “[l]a garantía del contenido esencial del artículo 19.2 de la Ley Fundamental [de Bonn] ha hecho fortuna en una serie de constituciones nacidas con posterioridad a 1945. Cláusulas semejantes están contenidas en las Constituciones española, portuguesa y de algunos cantones suizos”. HÄBERLE, Peter. *El legislador de los derechos fundamentales*. En: LÓPEZ PINA, Antonio, “La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia.”, Universidad Complutense-Civitas, Madrid 1991, p. 119.

<sup>14</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*, C. F. Müller, Heidelberg, 2000, 16 Auflage, p. 65, Rn 278.



limita<sup>15</sup>, mientras que en el artículo 53.1 CE se habla de “regulación del ejercicio” sin que se aluda a posibilidad de limitación alguna, como en el caso alemán. Esta diferencia supone que no se puede trasladar directa y plenamente la doctrina alemana para interpretar el caso español<sup>16</sup>, pues “regular” no significa “limitar”<sup>17</sup>.

En la doctrina española se ha cometido el error de trasladar directamente la doctrina alemana para interpretar el artículo 53.1 CE, lo que ha generado entre otros desatinos el considerar que el mencionado artículo constituye una “cláusula de habilitación genérica para toda actividad limitadora de los derechos fundamentales”<sup>18</sup>; y consecuentemente, entender que cuando alguna norma de derecho fundamental contiene referencia a algún “límite del derecho”, se trata de una limitación o restricción al contenido del derecho creada e impuesta por el Legislador<sup>19</sup>. Esto es importante de tener en cuenta para no cometer estos mismos errores cuando se interprete –de ser aprobado- el artículo referido a la “garantía del contenido esencial” en la Constitución peruana, pues es muy probable que para su interpretación se acuda a la doctrina española sobre esta garantía ya que –como se verá- lo que se propone sobre ella en el Proyecto es igual a lo que se dispone en la CE.

En la medida que el desenvolvimiento de las disposiciones de la Constitución se confrontan en los distintos tribunales que conocen y resuelven sobre los casos que la realidad presenta, resulta de especial significación acudir al máximo Tribunal con jurisdicción constitucional en España (el TC) para estudiar como se ha desenvuelto esta garantía. La primera sentencia del TC (en adelante STC) en la que se trató sobre esta

---

<sup>15</sup> Sobre el estudio de la garantía del “contenido esencial” en el ordenamiento constitucional alemán puede consultarse HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, CF Müller, Heidelberg 1983, 3ª Auflage. En castellano, un estudio sobre esta misma garantía en el ordenamiento alemán se sugiere GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

<sup>16</sup> En este sentido De Otto rechaza una “recepción excesivamente mimética de la doctrina alemana acerca del artículo 19.2 de la Grundgesetz”. DE OTTO, Ignacio. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución* En MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO, Ignacio, “Derechos fundamentales y Constitución”, Civitas, Madrid 1988, p. 125-127.

<sup>17</sup> Así lo ha advertido Martínez-Pujalte. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Cuadernos y debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, p. 20.

<sup>18</sup> Como así lo propone Prieto Sanchís al afirmar que “en España la fórmula constitucional autoriza que la ley pueda interferir en el dominio de todas las libertades, con independencia de que exista una remisión o autorización singular en el propio texto constitucional”. PRIETO SANCHÍS, Luis. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. En “Derechos y Libertades”, nº 8, 2000, ps. 437-438.

<sup>19</sup> ABA CATOIRA, Ana. *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, ps. 71 y ss.

cuestión, fue la STC 11/1981<sup>20</sup>. En ella el TC ha declarado que existen dos caminos complementarios para “tratar de aproximarse de algún modo a la idea de ‘contenido esencial’ ”<sup>21</sup> de un derecho fundamental. El siguiente es el primero de los mencionados caminos:

“tratar de acudir a lo que se suele llamar *la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho*. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho (...) Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo *aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así*”<sup>22</sup>.

Mientras que el segundo posible camino:

“consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los *intereses jurídicamente protegidos* como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, *se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*”<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> El primer número corespone al número de sentencia del TC pronunciada en el año 1981.

<sup>21</sup> STC 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico (f. j. 8), primer párrafo.

<sup>22</sup> Ibidem. La cursiva es añadida.

<sup>23</sup> Idem, segundo párrafo. La cursiva es añadida. Para Perez Luño “[l]a postura de nuestra jurisdicción constitucional refleja, en gran medida, lo que ha sido la evolución de esta categoría en la doctrina y jurisprudencia alemanas, a partir de posturas estrechamente ligadas a las distintas teorías sobre los derechos fundamentales”. PEREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid 1986, 2º ed., p. 78.



Son dos, por tanto, los mecanismos que propone el TC para la determinación del “contenido esencial” de un derecho fundamental: la determinación de la naturaleza jurídica del derecho y la determinación de los intereses que éste derecho está destinado a proteger. Una definición completa del mencionado contenido exige que estos dos mecanismos sean actuados necesariamente de modo complementario. Por lo demás, se trata de una línea jurisprudencial plenamente asentada y que llega hasta nuestros días<sup>24</sup>.

### 3. Definición de la garantía en la doctrina

Al margen de que algún autor haya discutido la necesidad del reconocimiento constitucional de la garantía del respeto al “contenido esencial”<sup>25</sup>, en la doctrina se han planteado distintas teorías para intentar definirla. Según se tenga en cuenta el objeto protegido por ésta garantía, se puede estar ante la llamada teoría subjetiva o ante la teoría objetiva. Ambas teorías parten del hecho de reconocer en todo derecho fundamental tanto una dimensión subjetiva o individual, como otra objetiva o institucional<sup>26</sup>. La primera de las mencionadas teorías propone que el objeto de protección de la garantía es sólo su ámbito individual o de libertad, es decir, el derecho fundamental subjetivo de cada persona en concreto, con las consiguientes facultades de actuación que ello conlleve. Por su parte la teoría objetiva propone como objeto de protección sólo la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales, es decir, que no habrá inconstitucionalidad en una actuación del Legislador (del Poder público en general, habrá que agregar), si ésta deja a salvo el derecho fundamental que se trate considerado como institución, aunque suponga el desconocimiento total del derecho fundamental individual, como por ejemplo ocurre con el derecho de libertad de desplazamiento en el caso de la condena a cadena perpetua.

Más allá de las críticas individualizadas que merecen estas dos teorías<sup>27</sup>, lo cierto es que si -como se propone en este trabajo y será fundamentado más adelante- se reconoce que todo derecho fundamental está conformado en su contenido tanto por una dimensión

---

<sup>24</sup> Así por ejemplo, en referencia al contenido esencial de la libertad de asociación (STC 104/1999, del 14 de junio), del derecho a la intimidad (STC 186/2000, del 10 de julio), de la libertad sindical (STC 173/2001, del 26 de julio), y del derecho de presunción de inocencia (STC 209/2001, del 22 de octubre).

<sup>25</sup> Ha escrito Prieto que “esto no hacía falta recordarlo; si la discrecionalidad política de la ley limita el derecho fundamental hasta el punto de hacerlo irreconocible, debe sin duda declararse nula, aún cuando el artículo 53.1.º no aludiese al necesario respeto del contenido esencial”. PRIETO SANCHÍS, Luis. *El sistema de...* Ob. cit., p. 399. En sentido contrario se ha manifestado Martínez-Pujalte, para quien “[e]n la medida que refuerza la protección de los derechos fundamentales, no es en absoluto una cláusula superflua”. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del...* Ob. cit., p. 48.

<sup>26</sup> En el apartado III será tratado esta doble dimensión de los derechos fundamentales.

<sup>27</sup> Sobre una crítica a ambas teorías puede confrontarse CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. EUNSA, Pamplona, 2000, p. 253-257.

objetiva como por otra subjetiva, entonces no sólo no se entiende sino que además constituye un grave error proponer que la garantía que se estudia ahora sólo esté destinada a proteger uno de los ámbitos en detrimento del otro. Si realmente es una garantía no puede proteger sólo “una parte” del contenido, sino que debe estar dirigida a la protección tanto del ámbito subjetivo como del objetivo del contenido de un derecho fundamental<sup>28</sup>.

Mientras que si lo que se tiene en cuenta es la propia naturaleza de la garantía, se puede estar frente a la llamada teoría absoluta o teoría relativa del “contenido esencial” de los derechos fundamentales. La primera de ellas establece que el contenido de un derecho fundamental se encuentra distribuido como en dos círculos concéntricos. El primero de ellos, el más reducido, sería el núcleo duro del derecho y vincularía de modo absoluto al Legislador, de manera que bajo ningún supuesto éste podría afectarlo o restringirlo. El segundo sería un contenido que a forma de círculo alrededor del núcleo duro, podría ser disponible por el legislador aunque no de forma absoluta ni discrecional, sino sólo en la medida en que la intervención supere el juicio de proporcionalidad<sup>29</sup>; es decir, el derecho podría ser limitado, restringido, sacrificado en su contenido, siempre y cuando exista una justificación para el sacrificio<sup>30</sup>, que muchas veces se reduce más que a un juicio económico entre beneficios y perjuicios<sup>31</sup>. La teoría relativa, por su parte, considera que el contenido de un derecho fundamental es un contenido homogéneo y todo él vincula de una misma forma al Legislador, pero no de modo fuerte y por tanto absoluto, sino de forma débil y por

---

<sup>28</sup> Para Martínez-Pujalte, “[l]a garantía del contenido esencial es la expresión, pues, de un imperativo incondicionado dirigido a los poderes públicos, del que resultan para estos deberes positivos –hacer efectivos los derechos fundamentales- y negativos –no lesionar los derechos fundamentales. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía de...* Ob. cit. p. 48.

<sup>29</sup> Sobre el juicio de razonabilidad o proporcionalidad véase en CIANCIARDO, Juan. *El Conflictivismo en...* Ob. cit., ps. 322-352.

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, Prieto Sanchís se muestra partidario de la existencia de restricciones al contenido de un derecho siempre que se cumplan cuatro juicios (que es la prueba de la proporcionalidad). El primero de esos juicios o elementos es la existencia de “un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos”. PRIETO SANCHÍS, Luis. *La limitación de...* Ob. cit., p. 445. Pero, ¿cómo puede ser constitucional un fin cuya consecución exige de “interferencia en la esfera de los derechos”? Aceptar esto es, entre otras cosas, aceptar que la Constitución reconoce y garantiza realidades contradictorias, y que la vigencia de una parte de ella supondrá la ineficacia de la otra. Con lo que no sólo se afecta el principio de unidad de la Constitución, sino también el de normatividad de la misma.

<sup>31</sup> El mismo Prieto Sanchís afirma que el cuarto elemento de la prueba de proporcionalidad (que justifique la restricción del contenido de un derecho), es “la llamada proporcionalidad en sentido estricto que supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se deriven para el ejercicio del derecho”. *Ibidem*. Pero la justicia en la solución de una controversia (que es lo que se debe buscar en toda decisión con relevancia jurídica) se configura con independencia de beneficios y daños y de cualquier tipo de juicio económico u operación matemática.



tanto relativo. En este caso, la garantía del “contenido esencial” significará que no existe ningún reducto en el contenido del derecho que pueda ser indisponible por Legislador, de modo que éste podrá afectar, lesionar y sacrificar el contenido del derecho siempre y cuando haya justificación proporcional. En esta teoría, finalmente contenido esencial y principio de proporcionalidad vienen a ser la misma cosa<sup>32</sup>.

Más allá de los comentarios y críticas que puedan merecer estas dos teorías<sup>33</sup>, debe ponerse de manifiesto que todo derecho fundamental cuenta con un contenido que todo él debe vincular de manera fuerte al Legislador. El principal error –que debe ser evitado en la medida de lo posible- es pensar que el derecho fundamental pueda estar constituido por un contenido (total o parcial, según qué teoría) que pueda ser lesionado por el Legislador. Y es un error porque con ello se abre las puertas a la posibilidad de que el derecho fundamental pueda ser desnaturalizado y vaciado de contenido pues en definitiva queda su contenido (total o parcial) a disposición del Legislador, a quien nunca le faltará una justificación para restringir derechos fundamentales. Pero el Legislador, ni nadie, está habilitado para lesionar derechos fundamentales. Puede regular su ejercicio, puede –por ejemplo a través de normas o sentencias judiciales- ir concretando ese contenido abstracto y genérico que puede desprenderse (pocas veces sin dificultad) de las disposiciones de la Constitución. Pero jamás podrá “lesionarlos” o “sacrificarlos” para conseguir la satisfacción de otro derecho o bien constitucional<sup>34</sup>. No existe justificación constitucional que habilite al Legislador (y en general al Poder público) para establecer limitación o vulneración alguna a un derecho fundamental. Si se piensa lo contrario se estaría admitiendo la ineficacia de al menos dos de los principios de la interpretación constitucional: el de unidad y el de normatividad de la Constitución<sup>35</sup>. Se estaría quebrantando el principio de unidad de la Constitución porque si el Legislador invoca la salvación de un bien fundamental para justificar la lesión de un derecho fundamental, sería tanto como admitir que la propia Constitución se contradice al recoger realidades contradictorias e irreconciliables entre sí, en este caso, al recoger y proteger un bien o derecho fundamental cuya vigencia exige la restricción de otro derecho o bien fundamental. Asimismo, se estaría quebrantando el principio de normatividad de la Constitución porque esa norma constitucional que contiene el derecho fundamental que es lesionado por el Legislador, termina en la práctica por no regir de modo efectivo al menos en su totalidad.

---

<sup>32</sup> Sobre esta teoría ha escrito Alexy que “el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (trad. Ernesto Garzón Valdéz), p. 288. Es traducción de *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp, Frankfurt 1996, 3. Auflage.

<sup>33</sup> Sobre las teorías relativa y absoluta, véase MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del...* Ob. cit., ps. 19-33.

<sup>34</sup> Así, por ejemplo, deben ser rechazadas propuestas como la de Prieto Sanchís cuando afirma que “[u]na ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo”. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Limitación de los...* Ob. cit., p. 442. La cursiva es añadida.

<sup>35</sup> MAURER, Hartmut. *Staatsrecht*. C. H. Beck'sche, München, 1999, ps. 25-27.

Por lo demás, no sirve exigir una “justificación constitucional” para proceder a la afectación del derecho, a lo que en definitiva se reduciría el juicio de proporcionalidad para legitimar la intervención del legislador sobre el contenido “no esencial” o “relativo” del derecho. Y no sirve porque éste juicio y la consecuente justificación, exigen para su plena aplicación una determinada jerarquía –ya en abstracto, ya en concreto- de derechos o de bienes constitucionales. Ni la CE, ni la LF (ni el Proyecto), establecen jerarquía alguna entre derechos ni bienes. Todos los derechos fundamentales se encuentran en un mismo rango constitucional, ya sea en abstracto en el ámbito de la Constitución, como en los casos concretos, sin que la invocación y salvamento de uno justifique el desplazamiento o aniquilación del otro. Como no existe esta jerarquía, la propia necesidad de operatividad del principio de proporcionalidad exige que al menos ficticiamente se defina una jerarquía entre derechos fundamentales o entre bienes constitucionales, lo cual necesariamente es arbitrario y variará según las conveniencias del momento y de quien pretenda interpretar las disposiciones constitucionales. Y esto equivaldría a habilitar al Legislador para disponer arbitrariamente del contenido (al menos de parte de él) de un derecho fundamental, lo cual es por sí mismo rechazable.

Si la totalidad o una parte del contenido del derecho fundamental queda en definitiva a disposición del Legislador, entonces se está desconociendo no sólo la primigenia (aunque no exclusiva) función de los derechos fundamentales en particular y de la Constitución en general consistente en establecer un límite al ejercicio del Poder, sino que además se estaría desconociendo la central posición principal de los derechos fundamentales dentro de todo ordenamiento constitucional.

#### 4. Hacia una nueva formulación de la garantía

Por lo dicho hasta aquí se puede concluir el rechazo de cualquiera de estas cuatro mencionadas teorías. Lo que en este trabajo se propone y defiende es un entendimiento distinto de la garantía del “contenido esencial” de los derechos fundamentales: los derechos fundamentales cuentan con un “único” contenido, el cual vincula en su totalidad al Poder público en general y al Legislador en particular; contenido que empieza a formularse desde la norma constitucional pero que necesita de las concretas circunstancias para su total definición en cada caso concreto, de modo que no existe un único y predeterminado para siempre contenido de un derecho fundamental<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Con acierto ha dicho Muñoz que “[e]s verdad que el contenido esencial puede determinarse a partir del tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en derecho. Pero no es menos cierto que



En efecto, y en primer lugar, no existe un “contenido esencial” si con ello se entiende que existe un “contenido no esencial” el cual según una interpretación *contrario sensu* del artículo 53.1 CE puede ser “no respetado” (ser lesionado, aunque sea cumpliendo el juicio de proporcionalidad) por el Legislador en su labor de “regular el ejercicio” de los derechos fundamentales. Existe un “único contenido” en cada derecho fundamental, y ese es el “contenido sin más”<sup>37</sup>. Y es precisamente todo este contenido el que “se erige como un límite absoluto a la actuación de los poderes públicos, que nunca pueden vulnerar, limitar o restringir los derechos”<sup>38</sup>. Por tanto, no existe contenido alguno de los derechos fundamentales que pueda quedar a merced del Legislador. Si esto ocurriese, entonces –que no quepa duda- la garantía no sólo dejaría de ser tal en la medida que se permitiría vulneraciones del contenido del derecho (de la parte llamada “no esencial”, pero contenido al final), sino que además se volvería en un instrumento pernicioso por permisivo y “consolidador” de tales vulneraciones. El Poder público, en cualesquiera de sus manifestaciones –ni siquiera la que tiene una mayor legitimidad democrática: la legislativa- no puede desconocer ni atentar contra ninguna parte del contenido definido de un derecho. De esta manera, los caminos propuestos por el TC para la determinación del “contenido esencial” son de total recibo siempre y cuando la expresión “contenido esencial” se entienda como “contenido sin más”.

En segundo lugar, como ya se adelantó, la labor del legislador dentro de la garantía del llamado “contenido esencial” del artículo 53.1 CE es “regular el ejercicio” de los derechos fundamentales<sup>39</sup>. Así, se ha de proponer y defender, a diferencia de lo que ocurriría en el ordenamiento constitucional alemán, que los derechos fundamentales son “ilimitables” aunque “limitados” en su contenido y alcance. Es decir, a los derechos fundamentales *no se les puede limitar, pero sin que esto signifique que sean ilimitados*<sup>40</sup>, sino que justamente por tener existencia previa e independiente del acto de positivación

---

el tipo abstracto no es una categoría *estable, fija*, de alguna manera anquilosada, sino que el modelo puede, debe ser, enriquecido históricamente siempre en favor de la dignidad humana”. MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español*. Aranzadi, Pamplona 1998, p. 93.

<sup>37</sup> DE OTTO, Ignacio. *La regulación del...* Ob. cit., p. 161. También SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. La Ley, Buenos Aires 2000, p. 47.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *Algunos principios básicos...* Ob. cit., p. 127.

<sup>39</sup> El mandato constitucional al legislador de “regulación del ejercicio” de un derecho tiene por única finalidad contribuir al ejercicio pleno y eficaz del contenido del mismo. El constituyente lo que suele hacer es mencionar simplemente el derecho o trazar las grandes directrices de su contenido y futuro régimen jurídico, de ahí que la labor del legislador sea imprescindible para ir determinando y concretando el alcance de los derechos y favorecer así su ejercicio y aplicación.

<sup>40</sup> Para Cianciardo, “[e]s verdad que tienen [los derechos fundamentales] un contenido limitado; pero, dentro de su limitación, dicho contenido es ilimitable. CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en...* Ob. cit., p. 250.

(en cuanto empiezan a definirse en función de la naturaleza humana)<sup>41</sup>, pueden y deben ser “delimitados”, es decir, deben ser determinados los contornos de su ámbito de protección, deben ser definidos en su alcance, en definitiva, debe ser determinado el contenido del derecho<sup>42</sup>. Este contenido así obtenido es inexpugnable de modo absoluto por parte del Poder público (y por los particulares cuando corresponda)<sup>43</sup>. Por todo lo cual, no debe hablarse de límites, entendidos como restricciones impuestas desde fuera por el legislador (teoría externa de los límites)<sup>44</sup>, sino que de lo que debe hablarse es de delimitaciones, de exteriorizar –a través de una ley por ejemplo- una frontera “natural”, que se define desde dentro del derecho (teoría interna de los límites)<sup>45</sup>, y que el TC denomina como “límites internos”<sup>46</sup>, “límites necesarios”<sup>47</sup> o “límites inmanentes”<sup>48</sup>.

El Legislador, en tercer lugar, debe empezar la definición del contenido de un derecho fundamental desde el texto constitucional, teniendo en cuenta el principio de unidad y sistematicidad de la Constitución por el cual se exige que todos los preceptos constitucionales sean interpretados de modo armónico como componentes de una unidad o sistema, en la consideración que la Constitución es una unidad coherente y sistemática,

<sup>41</sup> Se lee en el artículo 53 del Proyecto que “[l]a enumeración de los derechos reconocidos por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no excluye a los demás que derivan de la dignidad del ser humano (...)”.

<sup>42</sup> Han escrito Serna y Toller que “[d]eterminar el contenido esencial es (...) mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable”. SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional...* Ob. cit., 42.

<sup>43</sup> Estos mismos autores seguirán diciendo que el contenido esencial “implica el amplio ámbito de ejercicio razonable de un derecho que, una vez definido en general y determinado en las circunstancias concretas, es absoluto, inexcusable”. Idem, p. 47.

<sup>44</sup> Para Háberle, los límites de los derechos fundamentales “no son límites puestos al derecho fundamental posteriormente y desde fuera”. HÄBERLE, Peter. *Die Wesengehaltgarantie des...* Ob. cit., p. 56.

<sup>45</sup> Sobre los límites de los derechos fundamentales como límites internos, véase MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del...* Ob. cit., ps. 48-54. También SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional...* Ob. cit., ps. 70-72.

<sup>46</sup> Ha dicho el TC que “[e]l insulto sí constituye el límite interno del derecho a la libertad de expresión, y se halla carente de protección constitucional”. STC 11/2000, de 17 de enero, f. j. 7. Mientras que ha calificado de límite interno la exigencia de veracidad en el ejercicio de la libertad de información, por todas cfr. STC 107/1988, de 8 de junio, f. j. 2.

<sup>47</sup> Hablando sobre los derechos que forman parte de la libertad de enseñanza, ha declarado el TC que se trata “de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza”. STC 5/1981, de 13 de febrero, f. j. 7.

<sup>48</sup> Refiriéndose a los demás derechos fundamentales como límite de las libertades de expresión e información, ha dicho el TC que “[é]l límite inmanente son los demás derechos fundamentales y los derechos de los demás (...) y entre ellos –muy especialmente- a título enunciativo y nunca *numerus clausus*, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, como advierte el párrafo cuarto del art. 20 de nuestra Constitución”. STC 107/1994, de 7 de junio, f. j. 2.



de la que es ajena cualquier tipo de contradicción interna<sup>49</sup>. Esto obliga al Legislador – entre otros- a tener en cuenta todos los preceptos constitucionales así como la finalidad propia de cada derecho en particular cuando quiera llevar a cabo su labor de desarrollo legislativo del precepto constitucional que recoge un derecho fundamental, de modo que en su labor de concreción favorezca la plena vigencia y ejercicio de todos los derechos fundamentales, y con ellos, de la Constitución misma.

Pero no bastará con tener en cuenta el texto constitucional, sino que se ha de acudir a otros elementos extra-jurídicos<sup>50</sup>. Esto quiere decir por un lado que el contenido de un derecho no puede quedar definido de antemano y para siempre; sino –y como debe ser- el contenido terminará de definirse teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso concreto, más aún cuando su finalidad es regir efectiva y plenamente en la realidad<sup>51</sup>. De esta manera, el llamado “contenido esencial” de los derechos fundamentales “no es la última valla, que defiende un pequeño reducto inexpugnable para que aún pueda decirse que existe el derecho, sino que implica el amplio ámbito de ejercicio razonable de un derecho que, una vez definido en general y determinado en las circunstancias concretas, es absoluto, inexcusable, y no puede ser dejado de lado por razones utilitarias<sup>52</sup>.

En todo caso, ayudan a este nuevo entendimiento artículos como el 10.1 CE por el que se dispone que “[l]a dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes (...) son fundamento del orden político y de la paz social”; así como el artículo 53.1 CE en su primera parte al disponer que “[l]os derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II [denominada ‘Derechos y libertades’] del presente título, vinculan a todos los poderes públicos”. El primero porque contiene la significación constitucional de los derechos fundamentales. Éstos al significar el “fundamento” nada menos que del orden político y de la paz social (en definitiva, de la misma existencia del Estado como comunidad política), adquieren una significación central en el ordenamiento constitucional español lo que genera la especial vinculación del Poder público en general y del Legislador en particular hacia los derechos fundamentales. Y el segundo porque de modo expreso recoge la “vinculación” del Poder público a los derechos fundamentales.

---

<sup>49</sup> Este principio reclama la interpretación unitaria y sistemática de la Constitución, incluso aunque en la realidad no haya sido redactada de manera unitaria y coherente, pues –no debemos engañarnos- los textos constitucionales más bien son textos pactados por las distintas fuerzas mayoritarias presentes en una Asamblea constituyente.

<sup>50</sup> Dice Martínez-Pujalte que “los datos que la Constitución ofrece pueden no bastar –y no bastarán normalmente- para discernir de modo preciso esas acotaciones de los ámbitos de protección jurídica; será preciso, entonces, acudir a criterios externos a la propia Constitución, preguntándose cuál es el significado del derecho fundamental recogido en cada precepto constitucional. Esto es lo que, a mi modo de ver, quiere decir e definitiva el Tribunal Constitucional cuando, con una dicción ciertamente algo confusa, reclama acudir a ‘las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho’ ”. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del...* Ob. cit., p. 69.

<sup>51</sup> Es contundente Hesse cuando afirma que “no existe interpretación constitucional independiente de los problemas concretos”. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts...* Ob. cit., p. 25, Rn 64.

<sup>52</sup> SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional...* Ob. cit., p. 47.

Tanto aquella significación de los derechos fundamentales, como ésta “vinculación” a ellos por parte del Poder público, permite exigir que el contenido de los derechos fundamentales no cuenten con una parte que pueda quedar a disposición del Poder público a fin que pueda afectarlo o restringirlo.

## 5. La garantía en el Proyecto

En el Proyecto se recoge también la garantía del “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Así, en su artículo 51 se dispone que “[s]ólo por ley orgánica, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales”. Se trata de una disposición que, es idéntica a lo que la CE dispone sobre la garantía del contenido esencial. Lo primero que se ha de advertir, entonces, es que se trata de una garantía que apunta a la “regulación del ejercicio” y no a la limitación del contenido del derecho, como es el caso de la LF.

¿Es posible que el nuevo entendimiento de la garantía del contenido esencial que se propone y defiende en este trabajo pueda ser interpretado de las disposiciones del Proyecto como se hizo de las disposiciones de la CE? ¿Convendría que al texto del Proyecto se incorporase alguna otra disposición que permita la definitiva introducción de este nuevo entendimiento en el ordenamiento constitucional peruano? La respuesta es que es posible interpretar la garantía del contenido esencial como aquí se ha propuesto a partir de las disposiciones del Proyecto, aunque ayudaría la incorporación de alguna otra disposición y modificación de alguna ya existente.

Sería recomendable, por ejemplo, que al momento de aprobarse definitivamente la disposición sobre esta garantía, se sustituya la expresión “contenido esencial” simplemente por la de “contenido” o “contenido de los derechos fundamentales”. Así se evitan los peligros ya apuntados para la unidad y normatividad de la Constitución en general, y para la efectiva vigencia de los derechos fundamentales en particular. En todo caso, la permanencia de la expresión “contenido esencial” es posible siempre y cuando –como se propone en este trabajo– luego se interprete esta expresión como “el contenido sin más del derecho”, sin referencia alguna a “contenidos no-esenciales” que no vinculen de modo fuerte al Poder público en general y al Legislador en particular.

También sería recomendable una disposición en la que se estableciera de modo claro y expreso la “vinculación” del Poder público a los derechos fundamentales, como por ejemplo, se vio lo hace el artículo 53.1 CE en su primera parte. Esta disposición podría ser recogida en el mismo artículo 51 del Proyecto, inmediatamente antes de la referencia a la garantía del “contenido esencial”. En cualquier caso existen disposiciones que a falta de una disposición como la aquí recomendada, permiten concluir una vinculación fuerte del



Poder público hacia los derechos fundamentales. Así por ejemplo, el artículo II del Título preliminar en el que en su parte final se dispone que “[e]l Estado garantiza el goce y ejercicio de éstos derechos [los derechos fundamentales]”, o el artículo 66 en el que se dispone como uno de los deberes primordiales del Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”.

Finalmente, es recomendable también una disposición que recoja la significación de los derechos fundamentales para la existencia de toda Comunidad política –como por ejemplo se vio lo hace la CE en su artículo 10.1-. Esta disposición podría ir en el artículo II del Título preliminar del Proyecto. Como ya se dijo, una disposición en ésta dirección favorece que al disponer que estos derechos son “el fundamento” de la existencia de la referida comunidad, la vinculación del Poder público en general y en particular del Legislador, sea una vinculación fuerte. Por desgracia, no existe ningún dispositivo en el Proyecto que por si mismo permita concluir esta significación de los derechos fundamentales. Para ello hace falta acudir a la norma internacional, en concreto al primer considerando del Preámbulo de la Declaración universal de los derechos humanos, en el que se lee que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo *tienen por base* el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. A partir de aquí y en virtud de lo que se dispone en la primera parte del artículo II del Título preliminar del Proyecto<sup>53</sup>, se puede afirmar que la significación de los derechos fundamentales (“los derechos iguales e inalienables del hombre”, es decir, los derechos fundamentales), por la cual éstos son el “fundamento” de la libertad, la justicia y la paz en el mundo en general y en cada Comunidad política en particular, queda incorporada también al ordenamiento jurídico peruano.

Por lo demás, es importante tener presente –si se quiere evitar cometer los ya comentados errores de parte de la doctrina española- que lo dispuesto en el artículo 51 del Proyecto no es una “habilitación genérica” –como ocurre en el caso alemán- para limitar los derechos fundamentales, pues la referencia es a la “regulación del ejercicio” de los mismos y no a su “limitación”. Y consecuentemente, cuando en algún dispositivo del Proyecto se hace referencia a algún “límite” de algún derecho fundamental, no se debe interpretar como si fuesen restricciones que se formulan desde fuera por el Legislador, sino como fronteras naturales del derecho como aquí ha sido propuesto, las mismas que el Legislador está llamado a manifestarlas a través de las leyes (orgánicas) de desarrollo constitucional, de modo que éstas en lugar de limitar el derecho mediante la afectación de su contenido, terminen de concretarlo a través de la definición de sus contornos jurídicos.

---

<sup>53</sup> En este artículo se dispone que “[l]os derechos fundamentales (...) se interpretan de conformidad con los tratados y declaraciones internacionales, en la medida que sean más favorables a la persona humana”.

### III. El principio de la doble dimensión en el contenido de los derechos fundamentales: su doble dimensión

#### 1. Formulación general del principio

Como se pudo mostrar en el apartado anterior, la determinación del contenido de un derecho fundamental constituye la principal labor a la que se enfrenta el operador jurídico al momento de enfrentar un caso en el que esté en juego algún derecho fundamental. De ahí que en la línea de ofrecer criterios de interpretación que ayuden a la correcta delimitación del contenido de los derechos fundamentales, se estudió en el apartado anterior la garantía del “contenido esencial”. Corresponde ahora, y siempre en la línea de ofrecer las herramientas adecuadas para la referida delimitación, el estudio del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales. Como se hizo con el estudio de la garantía, aquí también se empezará con una formulación genérica de este principio: todos los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito en su contenido constitucionalmente protegido, uno subjetivo que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que por tanto exige la abstención por parte del Poder público; y otro objetivo o institucional que contiene la obligación del Poder público de realizar acciones positivas a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de la realidad.

El tratamiento detallado de este principio –también como se hizo con la garantía en el apartado anterior-, partirá del estudio de la forma como ha sido recogido en la CE y de la interpretación que del mismo ha formulado el TC, para inmediatamente complementarlo con el estudio del significado y alcance propuesto por la doctrina y, finalmente, terminar analizando y comentando como se manifiesta este principio en el Proyecto, a fin de –cuando proceda- realizar las oportunas sugerencias.

#### 2. El principio en el ordenamiento constitucional español

A diferencia de la estudiada garantía, el principio del doble ámbito de los derechos fundamentales, no se recoge en un solo artículo de la CE sino que se concluye de una serie de disposiciones constitucionales. En el ordenamiento constitucional español se define el Estado como “social y democrático de derecho” (artículo 1 CE), y se dispone así mismo “la sujeción de los poderes públicos a la Constitución” (artículo 9.1 CE), al punto que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud” (artículo 9.2 CE). Estas disposiciones constitucionales están en consonancia con la ya mencionada significación constitucional que se le atribuyen a los derechos de las personas: “los derechos inviolables que son inherentes a la persona son el fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1 CE). Estas disposiciones conforman la base constitucional para afirmar que en el



ordenamiento jurídico-constitucional español se ha reconocido expresamente la llamada “doble dimensión” o “doble función” de los derechos fundamentales, la misma que resulta de singular importancia al momento de determinar los alcances del contenido de cada derecho fundamental.

En la Norma constitucional, se parte del reconocimiento de que existen en la realidad situaciones que van a significar dificultades o entorpecimientos para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por parte de sus titulares. Frente a esta constatación, sobretodo si es verdadero el empeño de hacer que la Constitución tenga verdadera vida y no sólo una existencia formal, surge una respuesta jurídica: comprometer al Poder público con la promoción de los derechos fundamentales a través de la remoción de los obstáculos que impidan su pleno ejercicio (artículo 9 CE incisos 1 y 2). Y esta respuesta tiene una clara justificación: la significación de fundamento que para la existencia de la Comunidad política, tienen los derechos fundamentales (artículo 10.1 CE). Por tanto, no sólo se debe reconocer en los derechos fundamentales un conjunto de facultades de hacer que ha de ejercitar su titular libremente (dimensión subjetiva), sino que además se debe reconocer la obligación del Poder público de favorecer el pleno ejercicio de las mismas (dimensión objetiva).

De la misma forma, el TC se ha pronunciado por reconocer un doble ámbito en el contenido de los distintos derechos fundamentales. Sobre el primero de ellos (“dimensión subjetiva” o “dimensión de libertad”) el máximo Tribunal ha expresado tempranamente en su STC 25/1981 que:

“los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un ‘status’ jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia”<sup>54</sup>.

Posteriormente y, en este mismo sentido, dispuso en su STC 53/1985 que:

“la doctrina ha puesto de manifiesto –en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales (...) incluyen (...) derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales”<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> STC 25/1981, de 14 de julio, f. j. 5.

<sup>55</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, f. j. 4.

La segunda dimensión (“dimensión objetiva”, “institucional” o “prestacional”) la formula el TC inmediatamente después de haber hecho mención de la dimensión subjetiva en la STC 25/1981 y en los términos siguientes:

“[p]ero al propio tiempo, [los derechos fundamentales] son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)”<sup>56</sup>.

Y posteriormente, en la STC 53/1985, completa su doctrina al afirmar que:

“además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la CE, el ‘fundamento del orden jurídico y de la paz social’ ”<sup>57</sup>.

La consecuencia inmediata y más importante de esta doble dimensión es vincular ya no sólo negativamente mediante la obligación de abstención al Poder público a los derechos fundamentales (como exigencia del ámbito subjetivo que más bien requiere de la existencia de una esfera de libertad sin interferencia estatal de ningún tipo), sino también vincularlo positivamente (acciones positivas e incluso prestacionales) a fin que se haga realidad la plena vigencia de los derechos fundamentales. Ha dicho el TC en la citada STC 53/1985, que:

“de la significación y finalidades de estos derechos [derechos fundamentales] dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación

<sup>56</sup> STC 25/1981, cit., f. j. 5.

<sup>57</sup> STC 53/1985, cit., f. j. 4.



negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la *obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos*, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano”<sup>58</sup>.

### 3. Significación del principio en la doctrina

La doble dimensión de los derechos fundamentales ha sido especialmente desarrollada en el ordenamiento jurídico alemán, que es de donde la ha tomado el constituyente español<sup>59</sup>. Este principio si bien supone considerar que la incorporación de los derechos del hombre en los textos constitucionales tuvo por finalidad limitar el ejercicio del Poder público reconociéndole y garantizándole al individuo una esfera de libertad en la que podía ejercitar las distintas facultades que conllevara su derecho

---

<sup>58</sup> Ibidem. La cursiva es añadida.

<sup>59</sup> En la doctrina alemana, inicialmente, los derechos fundamentales eran considerados en su sustancia sólo “como esferas de libertad (...) y precisamente derechos de defensa”. SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, Dunker & Humblot 1993, 8<sup>a</sup> Auflage, p. 189. En la doctrina reciente se admite también una dimensión institucional: “[l]a libertad individual necesita de un orden objetivo en el cual pueda demostrar su eficacia y pueda desenvolverse. Este orden la sostiene y graba. Así se justifica también, el lado institucional de los derechos fundamentales como consolidación y no como amenaza del lado jurídico individual”. HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des...* Ob. cit., p. 98. Aunque se debe afirmar también que la dimensión subjetiva sigue siendo resaltada especialmente: “[l]os derechos fundamentales son en primera línea derechos de defensa de los ciudadanos contra las intervenciones estatales en su ámbito de libertad. Ellos fundamentan pretensiones de abstención y, si la intervención ha ocurrido, pretensiones de supresión”. MAURER, Hartmut. *Staatsrecht*. Ob. cit., p. 270, Rn 23. Ello acaso porque “[e]l subjetivo-defensivo aspecto negativo [de los derechos fundamentales] configuran en cierto modo el centro del sistema de la dogmática de derecho fundamental y actúa como punto de referencia para todos los problemas de las dimensiones de los derechos fundamentales”. DREIER, Horst. *Subjektive-rechtliche und objektive-rechtliche Grundrechtsgehalte*. En “Jura”, Oktober 1994, p. 505. La BVerfGE 7,198 (caso Lüth-Urteil), es la primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional Federal Alemán incorpora la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales. Según afirma Parejo Alfonso, esta teoría se ha afirmado desde la referida sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el *numerus clausus*, “en tanto que pone el acento en la imposibilidad individual del pleno goce de las libertades públicas y en la consecuente necesidad de la creación por el Estado de los presupuestos sociales indispensables para ese goce, amplía ciertamente el derecho fundamental en la pretensión correspondiente frente al Estado, pero lo restringe simultáneamente, en tanto que las posibilidades económicas y de prestación de servicios del Estado marcan su mismo límite”. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Garantía institucional y autonomías locales*. Instituto de estudios de administración local. Madrid, 1981, p. 30.

(concepción liberal de los derechos fundamentales)<sup>60</sup>, también supone admitir que el reconocimiento constitucional de los derechos del hombre iba a ser simplemente formal y retórico si a la vez no se comprometía al Poder público con medidas positivas concretas a fin de favorecer el ejercicio de los derechos<sup>61</sup>.

Es justamente también en este sentido en que el Estado debe ser “social”<sup>62</sup>: que el Estado sea social significa, en cuanto a los derechos fundamentales se refiere, que el individuo no está sólo ante la realidad social en su intento de ejercer libre y plenamente sus distintos derechos fundamentales, sino que le acompaña también el Estado, es decir, el Poder público, el que se obliga a actuar en la dirección de ayudar a solventar las distintas dificultades que la realidad presente y que entorpece o imposibilita un pleno ejercicio de los derechos fundamentales<sup>63</sup>. De modo que la dimensión objetiva de éstos no habilita a

---

<sup>60</sup> Es sabido que las llamadas constituciones tuvieron por finalidad primera limitar el ejercicio del Poder público, ya no sólo organizando el mismo –depositándolo en órganos distintos-, sino también reconociendo al ciudadano una serie de derechos que le suponían un conjunto de facultades de acción (de ahí que esta llamada “primera generación de derechos” se denomine “libertades públicas”) y al Poder público –consecuentemente- la obligación de abstención frente al ejercicio de esas facultades. Así, en el artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano puede leerse que “[t]oda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución”. Refiriéndose a los derechos fundamentales, Cruz Villalón ha afirmado que “[l]os derechos fundamentales nacen con las Constituciones. Ello supone que su acta de nacimiento es precisa: la historia de los derechos fundamentales comienza en 1776”. CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. En “Revista Española de Derecho Constitucional”, n° 25, 1989, p. 41.

<sup>61</sup> De algún modo el antecedente histórico-jurídico inmediato del reconocimiento de una dimensión objetiva en todos los derechos fundamentales, se encuentra en el reconocimiento de los clásicamente llamados “derechos sociales”, que fueron recogidos en los textos constitucionales en las primeras constituciones del siglo pasado con el advenimiento del llamado Estado social. Sobre esto último ha escrito De Otto que “[l]as funciones de la Constitución sufren un cambio significativo como consecuencia de las grandes crisis sociales, económicas y políticas del siglo XX, sobre todo a partir de la primera guerra mundial. En ellas se pone de manifiesto que los mecanismos de la sociedad civil no bastan por sí solos para garantizar un mínimo de armonía social y bienestar económico (...) Se hace evidente frente a la teoría clásica, que es precisa la intervención del Estado regulando relaciones tradicionalmente consideradas privadas (...) o llevando a cabo prestaciones a favor de individuos o grupos”. DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel Derecho, Barcelona, 1988, 2ª edición, 7ª reimpresión, ps. 41-42.

<sup>62</sup> COSSIO DÍAZ, José Ramón. *Estado social y derechos de prestación*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, especialmente el capítulo I, ps. 25-43.

<sup>63</sup> Ha escrito Martínez-Pujalte que “en un Estado social la tutela de los derechos fundamentales no se traduce en que los poderes públicos se abstengan de interferir en la esfera privada delimitada por tales derechos –que era la pretensión del Estado liberal-, sino en que los poderes públicos deben actuar positivamente para promover de manera



cualesquiera intervención del Poder público, sino sólo a aquellas que desde luego, sin significar vulneración del contenido garantizado de un derecho, son necesarias y adecuada para la promoción y favorecimiento a la plena vigencia de los derechos fundamentales. En definitiva, en un Estado social el Poder público se compromete a promover la vigencia de los derechos fundamentales porque se trata de derechos cuyo ejercicio pleno redundan en beneficio de toda la sociedad<sup>64</sup>.

Los actos positivos a los que se obliga el Poder público pueden ser de naturaleza económica, supuesto en el cual, el nacimiento de la concreta obligación del Poder público estará en función de la existencia de recursos públicos; es decir, no todos los derechos fundamentales requieren de subvenciones para favorecer su ejercicio, y si requieren de ellas, su existencia y magnitud dependerán de la disponibilidad de medios financieros por parte del Estado. Pero las principales y más numerosas obligaciones a las que se vincula el Estado no tienen una naturaleza económica. El razonamiento es simple: si el Poder público tiene funciones legislativas, administrativas y judiciales, entonces las actuaciones de las que será capaz serán actuaciones legislativas, administrativas y judiciales. Es decir, el Poder público cumple su obligación de favorecimiento de un derecho fundamental cuando aprueba la ley (orgánica) de desarrollo constitucional del precepto que recoge un derecho fundamental, pero que ha supeditado a una posterior ley su total<sup>65</sup> o más pleno ejercicio<sup>66</sup>.

---

activa el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales por los particulares”. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *El art. 9.2 y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales*. En “Revista de la Cortes Generales”, nº 40, 1997, p. 119. En el mismo sentido se ha manifestado De Otto, para quien “[l]a cláusula del Estado social de derecho sirve para generalizar y ‘socializar’ los derechos de libertad, para hacerlos efectivos, creando sus condiciones materiales, no es ‘otra cosa’, no apunta a otro aspecto de la vida colectiva sino al mismo que los derechos fundamentales clásicos, porque no es más que la ‘soziale Gründrechtserfüllung’ la realización de esos derechos mediante la procura estatal, mediante la Daseinsvorsorge”. DE OTTO, Ignacio. *La regulación del... Ob. cit.*, p. 169.

<sup>64</sup> DE DOMINGO, Tomás. *¿Conflictos entre derechos fundamentales?* Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2001, p. 328.

<sup>65</sup> Son ejemplos en el Proyecto de disposiciones constitucionales que requieren de la intervención del Legislativo a fin de hacer posible el ejercicio del derecho fundamental reconocido, los siguientes: el derecho de objeción de conciencia (artículo 2.19), el derecho de los padres a participar en la gestión del proceso educativo de sus hijos (artículo 10). En estos dos ejemplo, no podrá jurídicamente ejercitarse el derecho mientras no se apruebe la legislación correspondiente. De modo que si el Legislador demora en aprobar la correspondiente ley vulnera el contenido (objetivo) de esos dos derechos fundamentales.

<sup>66</sup> Por otro lado, en el Proyecto son ejemplo de disposiciones constitucionales que requieren de la intervención del Poder público en su versión de Legislador para hacer más pleno el ejercicio de derechos fundamentales, los siguientes: las informaciones que además de las que afecten a la intimidad y a la seguridad nacional, no pueden ser recabadas del Estado (artículo 2.5); las excepciones a la inviolabilidad del domicilio (artículo 2.9); la regulación de la libertad de contratar a fin de salvaguardar su fin lícito y principios de equidad y justicia (artículo 2.15). El Poder público promueve un más pleno ejercicio de

El Poder público a través de los tribunales ordinarios y a través del Tribunal Constitucional cumple su obligación de promover el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, cuando en los casos concretos que tiene por resolver y que involucran derechos fundamentales, los resuelve intentando una seria y efectiva defensa y garantía del derecho fundamental implicado<sup>67</sup>. Y por fin, el Poder público cumple su obligación de favorecimiento de los derechos fundamentales a través de su función Ejecutiva cuando dispone los reglamentos correspondientes para hacer (plenamente) aplicables las leyes de desarrollo de derechos constitucionales, cuando dispone la organización de un servicio público que facilite el ejercicio de determinados derechos fundamentales, cuando planifica y ejecuta distintas políticas sociales. En la medida que, como se ha podido apreciar, las distintas acciones a las que se obliga el Poder público en su afán de promover los distintos derechos fundamentales, suponen un hacer o un dar, pueden ser correctamente calificadas de “prestacionales”<sup>68</sup>.

Asimismo, se trata de dos ámbitos que se complementan mutuamente y que siempre existen de modo conjunto, de manera que uno encuentra su razón y justificación en el otro, formando así una sola unidad; pues no tiene sentido hablar de obligaciones prestacionales a cargo del Poder público si no existe ese conjunto de facultades cuyo ejercicio se ha de favorecer, ni estas facultades podrán ser ejercitadas plenamente sin la ayuda y favorecimiento del Poder público. Sin embargo, si bien es cierto siempre estarán presentes ambos ámbitos, cierto es que no lo estarán con la misma intensidad. Es decir, habrá derechos como la libertad de expresión en los que el ámbito de libertad es más intenso que el ámbito objetivo, y derechos como el derecho a la educación en el que el ámbito objetivo o social es más intenso que el de libertad<sup>69</sup>.

Por ello consecuencia inevitable de considerar que todos los derechos fundamentales tienen una doble dimensión es hacer innecesaria la distinción “libertades públicas” y “derechos sociales”<sup>70</sup>, porque todos los derechos y libertades compartirán tanto

---

estos derechos con la aprobación de las correspondientes leyes orgánicas de desarrollo constitucional.

<sup>67</sup>Más aún cuando se trata de órganos encargados de resolver, en primera o última instancia, acciones de amparo, de habeas corpus y habeas data dirigidas a proteger derechos constitucionales. Estas acciones son definidas por el Proyecto de la siguiente manera: Los procesos constitucionales tienen por objeto tutelar los derechos fundamentales y garantizar el principio de supremacía de la Constitución (artículo 55).

<sup>68</sup> Martínez-Pujalte, comentando el artículo 9.2 CE, ha utilizado también la denominación “prestacional”: “[l]a inserción de los derechos fundamentales en el contexto del Estado social que subraya el art. 9.2 CE presenta todavía una implicación de mayor alcance, consiste en poner de relieve la esencial faceta prestacional de todos los derechos fundamentales (...) el Estado social convierte a todos los derechos en derechos prestacionales”. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *El art. 9.2 CE... Ob. cit.*, ps. 118-119. En el mismo sentido SCHNEIDER, Hans Peter, *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p. 144.

<sup>69</sup> Los primeros corresponden a las clásicas “libertades públicas”, y los segundos a los clásicamente llamados “derechos sociales”.

<sup>70</sup> De la mano de esta afirmación habrá que coincidir con Serna cuando afirma que “debería evitarse progresivamente, salvo en los trabajos históricos, el discurso que hace



de las exigencias propias de las clásicas “libertades públicas” (ámbito de libertad o subjetivo antes mencionado), como de las exigencias de los clásicos “derechos sociales” (ámbito prestacional u objetivo)<sup>71</sup>. Del mismo modo, hace innecesaria la llamada “garantía institucional” –figura que es consecuencia del traslado a los derechos fundamentales de la doctrina Schmittiana sobre la “garantía de las instituciones constitucionales”, que nace en y para el concreto sistema jurídico alemán weimariano<sup>72</sup>- porque la significación que esta garantía suponía para los derechos fundamentales es asumida por la aquí tratada “dimensión objetiva”<sup>73</sup>. Sólo para cuando se la predique respecto de institutos constitucionales al margen de los derechos fundamentales podrá tener sentido la teoría de las garantías institucionales<sup>74</sup>.

---

uso de la distinción entre las diferentes generaciones de los derechos. SERNA, Pedro. *Los derechos económicos, sociales y culturales: posición para un diálogo*. En: “Humana Iura”, n° 7, Pamplona, 1997, p. 268.

<sup>71</sup> Ha dicho Martínez-Pujalte que “[d]e todo este planteamiento se desprende, en fin, una consecuencia teórica nada despreciable, cual es la necesidad de abandonar de modo definitivo la distinción clásica entre derechos de la primera y de la segunda generación, o entre libertades públicas y derechos sociales”. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del...* Ob. cit., p. 95. También cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo II*, 7ª edición, Civitas, Madrid, 2000, p. 60.

<sup>72</sup> Carl Schmitt formula inicialmente su doctrina sobre la garantía de las instituciones reconocidas constitucionalmente en su obra “Verfassungslehre” aparecida en 1928. Tres años más tarde la desarrolla en sus trabajos “Grundrechte und Grundpflichten” y “Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung” (trabajos recogidos en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren, 1924-1925*, Dunker & Humblot, Berlín, 1958). Inicialmente la formula basándose en una separación tajante entre los derechos de libertad o derechos subjetivos y las garantías institucionales, respecto de las cuales el legislador no tenía plena disponibilidad de regulación. “Muchos autores aprovechan esta idea de que el reconocimiento constitucional de una institución implica una limitación al legislador (...) para aplicarla no sólo a organizaciones constitucionalmente reconocidas, sino para hacerlas valer respecto de derechos fundamentales. La doctrina de SCHMITT está claramente en contradicción con la defendida por ANSCHÜTZ [Die Verfassung des deutschen Reichs von II August 1919, 14º ed., Bad Hamburg, 1960, p. 660] la mayoritaria, para quien la garantía de los derechos fundamentales se reduce al principio de legalidad de la Administración”. BAÑO LEÓN, José María. *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*. En: “Revista Española de Derecho Constitucional”, n° 24, 1988, p. 167.

<sup>73</sup> Para Martínez-Pujalte, “lo que cabría sostener es que el reconocimiento de la dimensión institucional de los derechos fundamentales (...) y de la posición central que éstos ostentan en el ordenamiento, hace innecesaria la aplicación en este ámbito de la doctrina de las garantías institucionales”. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del...* Ob. cit., p. 112.

<sup>74</sup> Para Gallego Anabitarte “la teoría de las garantías institucionales o garantías de instituto (...) como instrumento conceptual puede ser perfectamente válida para designar todos aquellos preceptos constitucionales que contienen una institución u organización –sin relación directa con derechos fundamentales- que, elevada a rango constitucional, está pues garantizada jurídicamente de una forma máxima. Ejemplos de estas instituciones garantizadas constitucionalmente pueden ser la autonomía local (art. 137 c) CE), la

Todos los derechos fundamentales, por tanto, en mayor o menor medida, cuentan con un ámbito subjetivo definido por una serie de facultades que se atribuyen a su titular, y por otro ámbito objetivo definido por las acciones necesarias a las que se obliga el Poder público para no sólo no desconocer el ejercicio de las mencionadas facultades, sino para promover el ejercicio efectivo de las mismas. Así, por ejemplo, un derecho de los clásicos de libertad como la libertad de información, por el que se dispone a su titular la posibilidad de crear y emitir mensajes informativos exentos de cualquier tipo de presiones o injerencia indebidas –entre otros- por parte del Poder público, exige también de la intervención de éste cuando en un ámbito geográfico determinado se ha puesto en serio riesgo la formación de una opinión pública libre y plural. En este caso, el Poder público está obligado a fomentar la creación y existencia de los adecuados canales y medios de comunicación, ya sea a través de la legislación correspondiente, ya sea a través de ayudas financieras concretas<sup>75</sup>. Mientras que un derecho con una importante carga social, como es el derecho a la educación, no sólo cuenta con una dimensión social que permite y exige de la intervención estatal a un nivel normativo o administrativo, sino que cuenta también con un espacio de libertad (libertad educativa o libertad de enseñanza) a favor de los distintos sujetos de la relación educacional: así, por ejemplo, se habla de la libertad de fundación de centros docentes a cargo de los particulares (con el consecuente derecho a un ideario), de libertad de cátedra a favor de los docentes, e incluso del derecho de los padres a que sus hijos se eduquen según una determinada concepción religiosa o filosófica.

Sin embargo, es necesario decirlo, la plena vigencia de los derechos fundamentales no es posible sin una voluntad política de respeto y favorecimiento de los mismos: el Poder público, pues, se encuentra obligado a realizar una seria política de derechos fundamentales<sup>76</sup>. Por ejemplo, es verdad que cuando sea necesaria una ley para ejercer plenamente un derecho fundamental, no hay manera jurídica de obligar al Legislativo que

---

autonomía universitaria (art. 27.10 CE) –aunque el Tribunal Constitucional Español considere esta autonomía como un derecho fundamental-, la independencia judicial (art. 117 CE), los principios de la función pública (art. 103.3 CE), quizás también el jurado (art. 125 CE), también los colegios profesionales (art. 36 CE), etc.”. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (Derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*. Civitas, Madrid, 1994, p. 83.

<sup>75</sup> Otros ejemplos de derechos típicamente de libertad con una carga prestacional por parte del Poder público los ha mencionado Böckenförde: “la libertad religiosa significa al mismo tiempo la responsabilización del Estado por la base económica existencial de las comunidades religiosas; la libertad de prensa, la obligación estatal de mantener los presupuestos económicos de la pluralidad de la prensa (mediante protección de la competencia, subvenciones, entre otras cosas); la libertad de sindicación, la financiación estatal de los sindicatos; la libre elección de los centros de enseñanza, la obligación estatal de proveer suficientes titulaciones educativas para los deseos profesionales individuales, sean o no necesarias”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1993 (trad. Juan Luis Requejo Pagués e Ignacio Villaverde Menéndez), ps. 78-79.

<sup>76</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *Algunos principios básicos...* Ob. cit., p. 131.



la emita, ésta ley sólo será dada si existe una verdadera y seria política de fomento de los derechos fundamentales; o cuando el Gobierno tiene la posibilidad material-económica de ampliar tanto el contenido como la base efectiva de una prestación que favorece el ejercicio de un derecho, no hay modo de compelerle a que lo haga si no existe una voluntad política clara de favorecimiento de los derechos fundamentales. Pero, también es verdad que concepciones como la doble dimensión de los derechos fundamentales, ya no sólo ponen en alerta a los distintos protagonistas involucrados en la vigencia de los derechos, sino que a la vez ayudan a formar la necesaria conciencia a fin de poder poner en práctica políticas serias de favorecimiento.

Por lo demás, esta denominada doble dimensión de los derechos fundamentales pone a la luz lo que algún autor ha denominado como una de las paradojas de los derechos fundamentales: éstos obligan por un lado a la abstención estatal en cuanto prohíben su injerencia en la realización de determinadas facultades; y por otro, exigen de la intervención estatal para favorecer el pleno ejercicio de las mencionadas facultades<sup>77</sup>. Esta llamada paradoja es tal, sin que en ningún momento llegue a configurarse contradicción alguna, porque ambas exigencias tienen justificación y finalidades que lejos de oponerse tienden a complementarse.

#### 4. El principio en el Proyecto

Estudiada la significación de la doble dimensión de los derechos fundamentales, corresponde examinar el Proyecto a la luz de esta doctrina. Desgraciadamente no aparecen en él –al menos no expresa y claramente como hubiese sido aconsejable- las disposiciones que lleven a fundamentar constitucionalmente la dimensión objetivo-constitucional de los derechos fundamentales.

No aparece la definición del Estado peruano como “social”. Por el contrario, aparece como Estado que promueve la justicia social<sup>78</sup>, que no es lo mismo a decir “Estado social de derecho” o “Estado social y democrático de derecho”. Sobre este punto no se abundará aquí, simplemente se resaltaré que la significación del adjetivo “social” de un

---

<sup>77</sup> DE ASÍS ROIG, Rafael. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Debate, Madrid, 1992, ps. 92 y ss.

<sup>78</sup> Así, se lee en el artículo 65 del Proyecto que “[e]l Perú es un Estado soberano, independiente y unitario, cuya realidad social es pluricultural y pluriétnica. Está organizado bajo la forma de República democrática y representativa, que promueve la justicia social y la participación”. La expresión “Estado Social”, se recoge sin embargo, en el artículo 53 del Proyecto, pro no para definir al Estado peruano, sino para afirmarlo como criterio para determinar que otros derechos deben ser considerados con protección constitucional aunque no aparezcan expresamente reconocidos en la Constitución

Estado, no se agota con la promoción de la “justicia social”, aunque ciertamente la incluye; ni se agota con implantar una economía social de mercado, incluso ni la presupone necesariamente<sup>79</sup>. Esto se nota claramente en el punto que ahora se trata, pues la promoción y favorecimiento de los derechos fundamentales, primero reconociendo en todos ellos un ámbito prestacional (en el sentido amplio en que ha sido definido el término “prestacional” líneas arriba), y segundo obligando a ello al Poder público, no es consecuencia simplemente de valores como la justicia (social), sino también supone el compromiso real con valores como la igualdad, la libertad y la pluralidad, es decir, se requiere del reconocimiento e implantación de un Estado social de derecho<sup>80</sup>. Por ello, sería recomendable que se incluyese en el texto definitivo de reforma de la Constitución del Perú la definición del Estado peruano también como “social”. Esta definición podría ir preferentemente en el artículo 65 del Proyecto, aunque también podría incorporarse en el artículo III del Título preliminar.

Por otro lado, existen disposiciones en el Proyecto de las que se desprende la vinculación positiva del Poder público a la promoción y favorecimiento de los derechos fundamentales como en su caso lo significó para el ordenamiento constitucional español el artículo 9.2 CE. A este respecto existen en el Proyecto disposiciones que hacen referencia a esta vinculación del Poder público considerado en general, como a sus distintas funciones constitucionales: legislativa, ejecutiva y judicial.

Una disposición del Proyecto en la que se establece la vinculación del Poder público considerado en general hacia los distintos derechos fundamentales, es el artículo 67: “[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen en su representación con las atribuciones, responsabilidades y limitaciones que la Constitución y las leyes establecen”. El ejercicio del Poder público, considerado en general, debe hacerse con respeto a la Constitución y por tanto y especialmente con respeto a los distintos derechos ahí contenidos.

Existen asimismo diferentes disposiciones constitucionales referidas a las distintas funciones del Poder público. Así por ejemplo, en lo que respecta al llamado Poder legislativo, se establece en el artículo 152 del Proyecto que “[s]on atribuciones del Congreso: 2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes”. El encargo de velar por el respeto de la Constitución presupone necesariamente la obligación del Legislativo de respetar él primero las distintas disposiciones constitucionales, y entre ellas, las referidas a los derechos fundamentales. Mientras que en lo concerniente al llamado Poder ejecutivo,

---

<sup>79</sup> Economía social de mercado que viene expresamente reconocida en el artículo V del Título preliminar del Proyecto. Al disponer que “el régimen económico de la República se fundamenta en la economía social de mercado”. Esta disposición se repite en el artículo 97 del Proyecto.

<sup>80</sup> A este respecto, De Otto ha puesto de manifiesto dos “líneas de contacto entre los derechos de libertad y el Estado social: el Estado ha de crear las condiciones sociales y económicas que hacen posible los derechos fundamentales como realidades efectivas. [Y segunda:] el Estado social mismo no es posible sin esa actualización efectiva de los derechos porque su actividad prestacional sólo puede tener un sentido realmente liberal e igualador si está encauzada a través de la participación de los ciudadanos”. DE OTTO, Ignacio. *La regulación del...* Ob. cit. p. 165.



se dispone en el artículo 173 del Proyecto que “[c]orresponde al Presidente de la República: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución”. Y en fin, en lo que se refiere al Poder judicial, dispone el artículo 189 del Proyecto que “[l]a potestad de impartir justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial y por aquellos organismos que la Constitución faculta, de conformidad con esta, sus leyes orgánicas y demás leyes”.

Pero estas disposiciones por sí mismas, no habrían sido suficientes para concluir la obligación del Poder público de realizar un compromiso serio de favorecimiento y promoción de los derechos fundamentales de tal modo que se configure la llamada dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales. Por el contrario, éstos dispositivos por sí mismos más bien parecen indicar que el compromiso del Poder público se agota con la simple obligación de no vulnerar los derechos fundamentales, sin necesariamente obligar a su promoción y aseguramiento. Como se puede notar de las disposiciones del proyecto que han sido transcritas, la obligación del Poder público, ya sea en general como en particular según su función legislativa, judicial o ejecutiva, es ajustar su actividad a las distintas disposiciones constitucionales, sin que se pueda calificar de inconstitucional una actividad que sin vulnerar las distintas facultades que el derecho fundamental suponga en su dimensión subjetiva para su titular, no promueve o incluso dificulte el pleno ejercicio de las mismas.

Pero complementariamente a éstas, existen otras disposiciones en el Proyecto respecto de las cuales no hay dificultad para a partir de ellas y de modo definitivo concluir también la existencia de una dimensión objetiva o prestacional de los derechos fundamentales en los términos antes estudiados. Estas disposiciones son el ya citado artículo II del Título preliminar en el que se dispone que “el Estado garantiza el goce y ejercicio de los derechos fundamentales”; y el también citado artículo 66 cuando establece que “son deberes primordiales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”<sup>81</sup>.

En uno y otro caso significa que el Estado peruano debe comprometerse seriamente con la promoción y favorecimiento de los derechos fundamentales a través de distintas actuaciones prestacionales en el sentido amplio de “prestación” que se indicó antes; es decir, de acciones positivas ya de naturaleza financiera (cuya existencia y contenido, como se ha dicho, vendrán definidos en función de la concreta disponibilidad de recursos financieros por parte del Estado), ya de naturaleza legislativa, administrativa o judicial. El Estado peruano, por tanto, debe ser un Estado socialmente comprometido con la superación de las distintas dificultades que puedan tener los titulares para ejercitar plenamente sus derechos.

En todo caso, es de lamentar –como ocurrió también cuando se trató el tema de la garantía del “contenido esencial”- la falta de una disposición en el Proyecto que refiera expresamente sobre la significación de los derechos fundamentales para el orden jurídico, político y social de la Comunidad política peruana (como de cualquier otra comunidad democrática). Sin embargo, también como ya se dijo, el problema no sería grave ya que el artículo II del Título preliminar del Proyecto permite y exige la interpretación de los derechos fundamentales según las declaraciones internacionales de derechos, y dado que

---

<sup>81</sup> En ésta última disposición si bien se utiliza la expresión “derechos humanos”, para el caso es perfectamente referible a los derechos fundamentales, porque se trata de expresiones para hacer referencia a una misma realidad, los derechos del hombre, la primera para referirlos en un ámbito internacional, la segunda en un ámbito nacional, del concreto reconocimiento constitucional.

la Declaración universal de los derechos humanos dispone en el primer considerando de su preámbulo que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo *tienen por base* el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; entonces se puede concluir que en el ordenamiento constitucional peruano existe una norma en la que se reconoce la significación de los derechos fundamentales como “fundamentos” para la existencia de la Comunidad política. Una disposición en ese sentido no sólo es útil para facilitar la aplicación del principio de doble dimensión de los derechos fundamentales, sino que servirían además como criterio interpretativo de todas las disposiciones de la Constitución y en general de todas las disposiciones referidas a los derechos de la persona vigentes en el ordenamiento jurídico peruano.

#### IV. Conclusiones

a. Es de escasa utilidad hablar de garantías de los derechos fundamentales sin hablar antes del objeto de tales garantías: el contenido de los mencionados derechos fundamentales. Por ello, el principal problema que se debe afrontar al momento de intentar resolver las distintas cuestiones que involucren derechos fundamentales es determinar qué es lo que cae dentro del contenido constitucional protegible de un derecho para a partir de ahí exigir la vinculación del Poder público en general y del Legislador en particular, así como de los particulares.

b. En este contexto surge la figura de la “garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”. Existen varias teorías que intentan interpretar el alcance de esta garantía. Pero ellas son insuficientes porque sólo protegen una dimensión del contenido de los derechos fundamentales (teoría subjetiva y teoría objetiva); o porque conciben la totalidad o una parte del contenido de un derecho fundamental (teoría relativa o teoría absoluta) como no vinculante de modo fuerte al Poder público en general y al Legislador en particular.

c. Frente a estas teorías es posible un nuevo entendimiento de la garantía ya no sólo que permita mantener la unidad y la normatividad de la Constitución, sino que favorezca en la realidad una plena vigencia de los derechos fundamentales.

c.1. Este nuevo entendimiento parte del hecho que todo derecho fundamental cuenta con un contenido que definido constitucional y legalmente, es exigible por completo al Poder público. No existe contenido alguno que pueda ser afectado o restringido por el Poder público, ni incluso sobre la base de un principio de proporcionalidad.



c.2. Esto es así porque los derechos fundamentales son “ilimitables” pero “limitados”. Son derechos con un contenido y alcance limitado, con unos límites –por tanto- que le son naturales y que el Legislador no crea sino que solo exterioriza a través de una ley. Por tanto, la labor de éste como de cualquier otro operador jurídico es “delimitar” el contenido de un derecho fundamental, nunca “limitar”.

c.3. Para la delimitación del contenido de un derecho fundamental sirven los dos mecanismos propuestos por el TC: acudir a la llamada “naturaleza jurídica” de los derechos fundamentales; y a “los intereses jurídicamente protegidos” por los referidos derechos. Estos dos mecanismos deben ser actuados de modo complementario necesariamente.

c.4. La delimitación del contenido de un derecho fundamental tiene su punto de partida en el texto constitucional pero solo termina de definirse en cada caso concreto teniendo en cuenta las particulares circunstancias del mismo. No es un contenido que esté definido de una vez y para siempre, sino que se define en las circunstancias del caso concreto.

d. El artículo 51 del Proyecto recoge la “garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales” de la misma forma como lo ha hecho la CE (la cual la toma a su vez de la LF). De la regulación del Proyecto es posible concluir el referido nuevo entendimiento de esta garantía.

d.1. Aunque sería recomendable que la expresión “contenido esencial” del artículo 51 del Proyecto, sea sustituida simplemente por el término “contenido” del derecho fundamental. Asimismo, es recomendable que se disponga de modo expreso la “vinculación” del Poder público a los derechos fundamentales. Esta disposición debería ir en la primera parte del artículo 51 del Proyecto. También sería recomendable se disponga de modo expreso en el Proyecto la significación de los derechos fundamentales como “fundamento” de la existencia de la Comunidad política peruana.

d.2. Por lo demás, es una garantía referida a la “regulación del ejercicio” de los derechos fundamentales, por tanto, no debe ser visto el artículo 51 del Proyecto, como una habilitación general para que el Legislador limite o restrinja los derechos fundamentales (como ocurre en el caso alemán). Consecuentemente, los límites previstos en una norma constitucional que recoge un derecho fundamental, no deben ser concebidos como restricciones que vienen desde fuera, sino como límites inmanentes o naturales del derecho fundamental que corresponda.

e. Un importante criterio para definir en cada caso el contenido de un derecho fundamental es el reconocer en cada uno de ellos tanto una dimensión subjetiva o de libertad como objetiva, institucional o prestacional.

e.1. La dimensión subjetiva de los derechos significa que cada derecho fundamental contiene un conjunto de facultades que atribuye a su titular. Esta dimensión exige del Poder público un deber de abstención consistente en la garantía de una esfera de libertad

en la cual precisamente puedan ser desarrolladas estas facultades. La dimensión objetiva significa que los derechos fundamentales en la medida que son “fundamento” de la organización política y social de una comunidad humana, deben procurarse su plena vigencia. Esta dimensión exige del Poder público la obligación de actuar e intervenir con la finalidad de lograr que el ejercicio de los derechos fundamentales sea pleno y efectivo, es decir, se obliga a una política seria de derechos fundamentales, en la cual promueva y fomente su plena vigencia.

e.2. Por la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, el Poder público se obliga a una serie de acciones prestacionales, las mismas que no son solamente de naturaleza económica, sino que pueden ser de índole legislativa, administrativa o judicial. Esta dimensión hace innecesaria que se utilice el instituto jurídico “garantías institucionales” para referirlo de los derechos fundamentales.

e.3. Estos dos ámbitos aunque en medida distinta, siempre estarán presentes en los distintos derechos, lo que supondrá que la clásica distinción entre “libertades públicas” y “derechos sociales” sea igualmente innecesaria.

f. De algunos de los preceptos del Proyecto de reforma de la Constitución peruana se puede concluir el principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales:

f.1. Los dispositivos más claros a este respecto son el artículo II del Título preliminar y el artículo 66. De ambos se desprende la obligación del Poder público de garantizar el goce y ejercicio plenos de los derechos fundamentales.

f.2. No se recoge ninguna disposición en la que se establezca expresamente la significación como “fundamento” de los derechos fundamentales para la existencia de cualquier comunidad política. Una disposición en este sentido no sólo ayuda a vincular positivamente al Poder público a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, sino que además sirve como importante elemento interpretativo de todo el ordenamiento jurídico de un Estado. En cualquier caso, el reconocimiento es tácito en la medida que la primera parte del artículo II del Título preliminar remite la interpretación de los derechos fundamentales a la norma internacional y en ésta –más exactamente en la Declaración universal de los derechos humanos-, se dice que los derechos fundamentales son la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo.

