



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL PROCESO DE AMPARO

Luis Castillo-Córdova

Perú, 2005

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2005). El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo. En J. Palomino (Ed.). *El Derecho procesal constitucional Peruano: estudios en homenaje a Domingo García Belaunde* (563-605). Lima: Editora Jurídica Grijley.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional (CPC) estipula que “[n]o proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”. Más adelante, cuando se hace referencia exclusiva al amparo, se ha dispuesto en el artículo 38 CPC que “[n]o procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

Se habla, entonces, de *contenido constitucionalmente protegido* o de *aspectos constitucionalmente protegidos* como objeto de protección por parte del amparo. Esta afirmación, inédita en la legislación peruana, necesariamente abre al menos los dos siguientes campos de investigación y debate. Uno, constituido por la figura conocida como “la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”, cuya denominación se mantendrá en este trabajo sólo en lo estrictamente necesario, debido a que –como se argumentará en su momento– la expresión que mejor acomoda a esta figura es el de “la garantía del contenido constitucional de los derechos fundamentales”. Y el otro, complemento necesario del primero, es la indagación si los derechos constitucionales además de un *contenido constitucional* pueden tener un contenido distinto, por ejemplo, un *contenido legal* o un *contenido jurisprudencial*, y de existir, qué relación tienen estos con el contenido constitucional.

Este trabajo se va a destinar al estudio de las cuestiones que se plantean en el primero de los campos mencionados. Del segundo, sólo se dirá al final algo general y breve como inicio de estudio e investigación. En uno y otro caso, en este trabajo se empleará indistintamente las expresiones *derechos constitucionales* y *derechos fundamentales* para hacer referencia a los derechos recogidos en el texto de la Constitución. Y si bien es cierto a lo largo de este trabajo se hará referencia al proceso constitucional de amparo, que no quepa duda alguna que todos los juicios que del contenido constitucional de los derechos fundamentales se predicen no sólo de los derechos protegidos por el amparo, sino igualmente de los demás derechos protegidos por el hábeas corpus y por el hábeas data. De esta manera, las afirmaciones que del amparo lleguen a formularse, pueden igualmente ser predicados de los otros dos procesos constitucionales directamente destinados a proteger derechos constitucionales: el hábeas corpus y el hábeas data.

## II. DEFINICIÓN GENERAL DE LA GARANTÍA DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La consideración de la Constitución peruana (CP) como norma jurídica fundamental lleva a preguntar por el valor normativo de las disposiciones constitucionales que reconocen los derechos. Los derechos reconocidos en la Constitución, valen y significan lo que vale y significa su contenido jurídico y constitucional. Cuando nos preguntamos, por ejemplo, por el derecho a la libertad de información o por el derecho a la salud o por el



derecho al voto, nos debemos preguntar por su contenido constitucional. De ahí que no se pierda razón cuando se afirma que 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 los derechos reconocidos constitucionalmente<sup>1</sup>.

En la medida que los derechos fundamentales o derechos constitucionales<sup>2</sup> vienen recogidos en normas constitucionales generales, abiertas y algunas veces indeterminadas, una definición acertada de su contenido dependerá de una adecuada actividad interpretativa<sup>3</sup>. Esta actividad interpretativa de la norma constitucional, que no es exactamente la misma que la actividad interpretativa de la norma legal<sup>4</sup>, viene influida – entre otros elementos– por los siguientes dos factores: primero, el fundamento que se le atribuya a los derechos del hombre, 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>5</sup>.

Sobre estos factores no se abundará en este trabajo. En lo que a ellos respecta, simplemente se debe afirmar que las reflexiones que a continuación se presentan, parten 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 mencionada constitucionalmente cuando se proclama en la Constitución la dignidad humana como principio ordenador de todo el sistema jurídico peruano, y con ella toda una serie de derechos que son referidos del hombre en cuanto

<sup>1</sup> Cfr. MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2º Auflage, Duncker & Humblot, Berlín 1990, p. 40 y ss.

<sup>2</sup> Las razones para el uso indistinto de una expresión y otra pueden verse en CASTILLO CORDOVA, Luis. *Los derechos de la persona en el ordenamiento constitucional peruano: un deslinde terminológico*, en “Revista Peruana de Jurisprudencia”, nº 50, III-XXXII.

<sup>3</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 LUNO, Antonio. *La interpretación de la Constitución*, en “Revista de las Cortes Generales”, nº 1, Madrid, 1984, p. 93.

<sup>4</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. BOCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandaufnahme und Kritik*, en “Neue Juristische Wochenschrift” 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>5</sup> 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.

portador de la mencionada dignidad (artículos 1, 2 y 3 CP)<sup>6</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, sino que abarca elementos extrajurídicos: la formulación normativa es simplemente el punto de inicio<sup>7</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 constitucional como el amparo. Es decir, se estudiará acerca de la llamada por la doctrina –y se verá que también por el Tribunal Constitucional– como *garantía del “contenido esencial” de los derechos fundamentales*.

Esta garantía puede formularse de modo general de la siguiente manera: *todo derecho constitucional o fundamental cuenta con un contenido jurídico constitucional, el cual es jurídicamente determinable y exigible al poder político y a los particulares*. Y se trata de una garantía –“normativa” en la clasificación de Pérez Luño<sup>8</sup>– en la medida que al reconocerse la existencia y exigibilidad de ese contenido, ayuda a garantizar que el derecho no llegue a desnaturalizarse.

Definida de esta manera la garantía, no puede generar más que un inmediato y completo 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 alguna, sino que son disposiciones que deben obligar real y efectivamente a sus destinatarios. Si no existe un determinado contenido de un derecho constitucional que vincule y obligue no sólo como una frontera infranqueable, sino a la vez como directriz de actuación al poder público en general y al legislador en particular (y según las circunstancias, también a los particulares), entonces ocurrirá que en la realidad ese derecho constitucional sólo tendrá vigencia “formal” pero no material.

Los problemas y eventuales desacuerdos se presentan justamente al momento de determinar lo que debe entenderse por “contenido esencial” del derecho, y el grado de

<sup>6</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”.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*, 7ª edición, Tecnos, Madrid 1998, ps. 77–79.



“vinculación” del poder público a ese contenido. A continuación, se intentará establecer los elementos para definir el alcance tanto del “contenido” como de la “vinculación”. Y se hará teniendo en cuenta también lo que sobre el “contenido esencial” ha dispuesto la Constitución española (CE) y el Tribunal Constitucional español, debido a que la Constitución española de 1978 inspiró varios preceptos sobre derechos de la Constitución peruana, y porque en muchas figuras constitucionales –como la que es objeto de estudio ahora– el Tribunal Constitucional peruano sigue los criterios hermenéuticos formulados por el Tribunal Constitucional español<sup>9</sup>. La referencia, en todo caso, será al legislador en particular, sin olvidar que esta garantía es exigible a todos los órganos estatales y a los particulares.

### III. LA GARANTÍA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales encuentra su formulación y asentamiento en el ordenamiento constitucional alemán. Esta garantía se encuentra recogida en el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn (LF), en cuyo inciso 1 se establece que “cuando según esta Ley Fundamental un derecho pueda limitarse [ingeschränkt werden kann] por ley o en virtud de una ley, la ley será general y no valdrá para un caso singular”. Mientras que en su inciso 2 se recoge la llamada *Wesengehaltsgarantie* (garantía del contenido esencial) cuando se dispone que “en ningún caso puede un derecho fundamental ser afectado en su esencia”. Bien rápido se traslada esta figura a otros ordenamientos constitucionales del Viejo Mundo. Como bien se ha apuntado, “[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”<sup>10</sup>.

Así, en la Constitución española se ha establecido 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” (artículo 53.1 CE). Desde muy temprano, el Tribunal Constitucional español sentó su doctrina sobre esta figura. La primera sentencia del mencionado Alto tribunal en la que se trató sobre esta cuestión, fue la STC 11/1981. En ella el Tribunal Constitucional español declaró que existen dos caminos complementarios

---

<sup>9</sup> Tan es así que, como se dirá más adelante, el Tribunal Constitucional peruano cita al Tribunal Constitucional español cuando debe hacer referencia a algunos puntos concernientes al “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Además, el Proyecto de reforma de la Constitución de 1993, tiene un artículo referido al “contenido esencial” de los derechos fundamentales que parece haber sido tomado del artículo 53.1 CE. Complementariamente se acudirá también a la doctrina alemana en cuanto ésta ha influido notablemente en la formulación y desenvolvimiento de la Constitución española.

<sup>10</sup>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.

para “tratar de aproximarse de algún modo a la idea de ‘contenido esencial’ ”<sup>11</sup> de un derecho fundamental.

El primero de los mencionados caminos, ha dicho el Tribunal Constitucional español, consiste en “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>12</sup>.

Mientras que el segundo posible camino a seguir en el intento de determinar el contenido esencial de un derecho constitucional, “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>13</sup>.

Son dos, por tanto, los mecanismos que propone el Tribunal Constitucional español 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>14</sup>.

<sup>11</sup> STC 11/1981, de 8 de abril, f. j. 8, primer párrafo.

<sup>12</sup> *Ibidem*. La letra cursiva es añadida.

<sup>13</sup> *Idem*, segundo párrafo. La cursiva de la letra es añadida. Para Pérez 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”. PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos...*, ob. cit., p. 78.

<sup>14</sup> Así por ejemplo, en referencia al contenido esencial de derechos concretos, se tiene 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).



#### IV. DEFINICIÓN DE LA GARANTÍA EN LA DOCTRINA

##### 1. Referencia general

La formulación del artículo 19.2 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>15</sup>. El constituyente alemán ha previsto la posibilidad de que un derecho fundamental pueda ser “limitado”, “restringido” por una ley de manera constitucional siempre que la 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 limita<sup>16</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la Constitución alemana en la que se habla de “limitación” del derecho fundamental, el constituyente español ha hecho referencia a “regulación del ejercicio” del derecho fundamental (artículo 53.1 CE). En este dispositivo constitucional no se alude a posibilidad alguna de *limitar* el derecho. Esta diferencia en el precepto constitucional, supone una consecuencia de primer orden: no se puede trasladar directa y plenamente la doctrina alemana para interpretar el caso español<sup>17</sup>, pues “regular” no significa “limitar”<sup>18</sup>.

En alguna parte de la doctrina española se ha cometido el error de trasladar directamente la doctrina alemana sobre la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales para interpretar el artículo 53.1 CE. Esto ha generado, entre otros desatinos, considerar que el mencionado artículo constituye (tal como lo hace el artículo 19.1 LF) una “cláusula de habilitación genérica para toda actividad limitadora de los derechos fundamentales”<sup>19</sup>; y consecuentemente, entender que cuando alguna norma de

<sup>15</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*, 16. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2000, p. 65, Rn 278.

<sup>16</sup> Sobre el estudio de la garantía del “contenido esencial” en el ordenamiento constitucional alemán puede consultarse HABERLE, Peter, *Die Wesengehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3ª Auflage, CF Müller, Heidelberg, 1983. 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. Más recientemente véase BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, en particular el Capítulo II, ps. 111–239.

<sup>17</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, reimpresión 1992, ps. 125–127.

<sup>18</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>19</sup> Como 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 “Derecho y Libertades” 8, Madrid, 2000, ps. 437–438.



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>20</sup>.

## 2. Teorías subjetiva y objetiva

Al margen de que algún autor haya discutido la necesidad del reconocimiento constitucional de la garantía del respeto al “contenido esencial” de los derechos fundamentales<sup>21</sup>, en la doctrina se han planteado distintas teorías para intentar definirla. Según se tenga en cuenta el objeto protegido por esta garantía, se puede estar ante la llamada “teoría subjetiva” o ante la “teoría objetiva” de la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales. Ambas teorías parten del hecho de reconocer en todo derecho fundamental tanto una dimensión subjetiva o individual, como otra objetiva o institucional. 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 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>22</sup>, lo cierto es que si –como lo he argumentado en otro trabajo<sup>23</sup>– se reconoce que todo derecho fundamental está conformado en su contenido tanto por una dimensión objetiva como por otra subjetiva, entonces no sólo no se entiende sino que además constituye un grave error

<sup>20</sup> Según el artículo 51 del Proyecto de Reforma de la Constitución Peruana, “[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 un texto que es copia fiel del artículo 53 CE. De llegarse a aprobar esta propuesta de reforma constitucional, deberá tenerse muy en cuenta que lo que dispone es *regular el ejercicio*, para evitar el error de trasladar en bloque la doctrina alemana sobre la garantía del contenido esencial.

<sup>21</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 SANCHIS, Luis. *El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española*, en “Anuario de Derechos Humanos” 2, Universidad Complutense, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1983, 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>22</sup> Sobre una crítica a ambas teorías puede leerse CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. EUNSA, Pamplona, 2000, p. 253–257.

<sup>23</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Elementos de una teoría general de los Derechos Constitucionales*, Universidad de Piura – ARA editores, Lima 2003, ps. 157–197.



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.

Como bien se ha escrito, “[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”<sup>24</sup>.

### 3. Teorías absoluta y relativa

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 frente a la “teoría relativa” del contenido esencial de los derechos fundamentales, ambas formuladas especialmente con respecto al legislador. La primera de estas teorías 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 en ningún supuesto ni bajo ninguna circunstancia éste podría afectarlo o restringirlo. El segundo de los círculos, sería un contenido que en forma de círculo alrededor del núcleo duro, no vincularía al legislador más que de modo débil y relativo, al punto que esa parte del contenido del derecho podría quedar a disposición del legislador, aunque no sería una disposición absoluta ni discrecional, sino sólo posible en la medida que la intervención legislativa superase el juicio de proporcionalidad<sup>25</sup>. Esto significará que el derecho podrá ser limitado, restringido, sacrificado en su contenido (no esencial), siempre y cuando exista una justificación para el sacrificio<sup>26</sup>, que muchas veces se reduce más que a un juicio económico entre beneficios y perjuicios.

La teoría relativa, por su lado, considera que el contenido de un derecho fundamental está formado por un único contenido, y no en dos partes como lo proponía la anterior teoría. El contenido de un derecho fundamental es un contenido homogéneo y, por tanto, todo él vincula de una misma forma al legislador, pero no de modo fuerte y por tanto absoluto, sino de forma débil y por tanto relativa. En este caso, la garantía del “contenido esencial” significará que no existe ningún reducto en el contenido del derecho fundamental que

---

<sup>24</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía de...*, ob. cit. p. 48.

<sup>25</sup> Sobre el juicio de razonabilidad o proporcionalidad véase en CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad. Del débil proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2004.

<sup>26</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. A esta afirmación cabría contraponerle la siguiente pregunta ¿cómo puede ser constitucional un fin cuya consecución exige de “interferencia en la esfera de los derechos”? En efecto, y como se argumentará más adelante, no parece ser constitucional aquel fin cuya consecución en buena cuenta demanda *interferir* sobre la Constitución misma.

pueda ser indisponible por legislador, de modo que éste podrá afectar, intervenir y sacrificar el contenido del derecho fundamental siempre y cuando haya una justificación razonable. En esta teoría, finalmente contenido esencial y principio de proporcionalidad vienen a ser la misma cosa<sup>27</sup>.

Son estas dos teorías las que encajan mejor en el ordenamiento constitucional alemán en el que, como se ha estudiado, el Constituyente ha previsto la posibilidad de “limitar” los derechos fundamentales siempre que la Ley Fundamental así lo haya previsto mediante una reserva de ley (*Gesetzsvorbehalt*)<sup>28</sup>. Debido a que se parte de la posibilidad de que el derecho fundamental admite limitaciones, se ha construido las doctrinas mencionadas, ambas permiten que los derechos fundamentales sean limitados, una (la absoluta) sólo en la parte no esencial del contenido constitucional, la otra (la relativa) en cualquier parte del contenido. En uno y otro caso, la limitación deberá ser justificada (razonada y proporcionada), justificación que vendrá definida según la limitación sea necesaria para salvar otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucional<sup>29</sup>.

Al margen de los comentarios y críticas que puedan merecer cada una de estas dos teorías<sup>30</sup>, debe ponerse de manifiesto –como se argumentará inmediatamente– que todo derecho fundamental cuenta con un contenido que todo él debe vincular de manera fuerte al legislador (y con él a todo el poder político). El principal error que se advierte en ambas teorías es pensar que el derecho fundamental pueda estar constituido por un contenido (total o parcial, según qué teoría) que pueda ser dispuesto 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.

## V. HACIA UNA NUEVA FORMULACIÓN DE LA GARANTÍA

### 1. Necesidad de una nueva formulación

La teoría absoluta y la relativa son las que mejor suerte han corrido y de ellas dos, es la absoluta la que ha alcanzado una mayor aceptación, consciente o inconscientemente. Sin embargo, ninguna de estas doctrinas parecen ser formulaciones correctas –al menos desde una dogmática constitucional clásica– de lo que se ha de entender por el contenido

<sup>27</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, 3. Auflage, Frankfurt, 1996.

<sup>28</sup> BLECKMANN, Albert. *Staatsrecht II – Die Grundrechte*, 4., neubearbeitete Auflage, Karl Heymanns Verlag KG – Köln – Berlin – Bonn – München, 1997, p. 411.

<sup>29</sup> MAURER, Hartmut. *Staatsrecht*. C. H. Beck’sche, München, 1999, p. 286, Rn 50.

<sup>30</sup> Sobre las teorías relativa y absoluta, véase MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del...*, ob. cit., ps. 19–33.



constitucional de un derecho fundamental. Efectivamente, formulan –estas doctrinas– una serie de postulados que chocan frontalmente contra algunos principios constitucionales.

#### A) El limitado limitador

Para empezar, no se entiende muy bien como es que se puede habilitar al legislador (y en general al poder político) a *limitar* los derechos fundamentales precisamente cuando los derechos fundamentales, como parte esencial de una Constitución, han sido formulados para limitar el ejercicio del poder político (del legislador, por ejemplo).

La Constitución tiene por finalidad limitar el poder. Bien ha dicho Loewenstein cuando ha afirmado que “[h]an pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder (...). Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas –la ‘constitución’– destinada a limitar el ejercicio del poder político. La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”<sup>31</sup>.

La manera que ha encontrado el “hombre político” –al que se refiere Loewenstein– de limitar el poder a través de la Constitución, ha sido tanto reconociendo y garantizando unos derechos al hombre, derechos que el poder no podrá desconocer; como “dividiendo” el poder mismo. Pues bien, si esta es la finalidad de la Norma suprema del ordenamiento jurídico, no se entiende que se le de al poder (Legislativo, Ejecutivo o Judicial) la facultad de limitar aquello que es un límite para él.

#### B) El principio de unidad de la Constitución

No se entiende tampoco, y en segundo lugar, cómo puede quedar el principio de unidad de la Constitución si se permitiese –como lo propone la teoría absoluta o la relativa– al legislador *limitar* un derecho fundamental para salvar otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucional. Si un derecho necesita ser limitado para permitir el ejercicio de otro derecho también constitucional, sencillamente significa que el contenido constitucional de uno de ellos se contrapone al contenido constitucional del otro. En buena cuenta, se debe admitir entonces, que la Constitución ha dispuesto contenidos contradictorios e irreconciliables entre sí. Es decir, debe admitirse que la Constitución no puede ser interpretada de modo unitario, como si de una unidad sistemática y coherente se tratase.

Si se parte del hecho que una norma dispone cosas contradictorias, entonces, sencillamente debe admitirse también la inviabilidad de esa norma, la cual no podrá tener vigencia efectiva en la práctica. Ninguna norma con una mínima vocación de eficacia puede admitir que se la interprete como si dispusiese cosas contradictorias e irreconciliables entre sí. Mucho menos la Constitución porque de todas las normas la que en ningún caso debe ser concebida como ineficaz es la Constitución por ser la norma

---

<sup>31</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, 4ª reimpresión, ARIEL, Barcelona, 1986, p. 149.

suprema, fundamentadora del entero ordenamiento jurídico de una comunidad estatal. Precisamente por esta razón es que se ha planteado un criterio hermenéutico fundamental: las distintas disposiciones constitucionales deben ser interpretadas como conformantes de una sola unidad, de un mismo sistema unitario y coherente.

### C) El principio de normatividad de la Constitución

Finalmente, la propuesta que formula la teoría absoluta o la teoría relativa acerca de lo que se ha de entender por la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, no parece entenderse con el principio de normatividad de la Constitución. Como ya se estudió anteriormente, por el principio de normatividad la Constitución no debe ser considerada como simple declaración retórica sin efecto jurídico alguno. Por el contrario, por el principio de normatividad la Constitución (los distintos dispositivos que conforman la Constitución) vincula de modo efectivo a sus destinatarios, en particular al poder político. Esto significa que el poder político debe cumplir con lo que la Constitución ha dispuesto. A ella está vinculada y se sancionan los actos (normativos y no normativos) del poder como actos nulos por inconstitucionales.

Pues bien, este principio es dejado a un lado cuando desde la teoría absoluta o desde la relativa, se propone la posibilidad de limitar el contenido constitucional de un derecho fundamental. Si se permite limitar el contenido constitucional de un derecho fundamental –aún en su supuesta parte no esencial–, se está limitando la Constitución. La Constitución sería normativa sólo en una parte (en el supuesto núcleo duro), y habría dejado de ser normativa en la parte no esencial. La Constitución habría dejado de ser normativa porque lejos de proponer la vinculación de sus contenidos normativos al legislador (al poder político en general), se permite que éste limite el contenido constitucional del derecho y, por tanto, limite la Constitución misma.

## 2. *Formulación general de la reformulación*

Por lo dicho hasta aquí se hace necesario preguntarse si es posible un nuevo entendimiento de lo que es el “contenido esencial” de los derechos fundamentales, porque los que nos ha dado –por ejemplo– las teorías absoluta y relativa no sólo se muestran insuficientes, sino también contradictorias con el significado mismo de la Constitución. Ese nuevo entendimiento sí es posible y se formulará –al menos en sus elementos fundamentales– en lo que sigue de este capítulo.

Este nuevo entendimiento puede formularse de modo general de la siguiente manera: los derechos fundamentales cuentan con un “único” contenido, el cual vincula de modo fuerte y 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 definición y delimitación en cada caso concreto, de modo que no existe un único y predeterminado para siempre contenido de un derecho fundamental.



## VI. DESARROLLO DE LA REFORMULACIÓN DE LA GARANTÍA

### 1. *El contenido del derecho fundamental es un único contenido que vincula de modo fuerte al Poder político*

Como primera consideración en este nuevo entendimiento y formulación de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, debe rechazarse la existencia de un “contenido esencial” si con ello se entiende que existe a su vez un “contenido no esencial” el cual no vincularía a sus destinatarios. El contenido de los derechos constitucionales es uno sólo –no dos– y todo ese contenido es plenamente normativo y, por tanto, vincula la actuación del poder político (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y a los particulares, pues a ellos vincula la Constitución y, por tanto, también las disposiciones de ésta que reconocen derechos.

La pregunta nunca será cual parte del contenido constitucional del derecho es exigible por normativo (el contenido constitucional *esencial* del derecho), y cuál no (el supuesto contenido constitucional *no esencial* del derecho); sino que la pregunta siempre deberá ser cual es el contenido constitucional del derecho para determinar si una concreta pretensión es amparable o no por ese contenido constitucional.

El contenido de un derecho fundamental no puede ser dividido en dos partes, de modo que una de ellas pueda ser “no respetada” (ser limitada, restringida o sencillamente lesionada, aunque se exija el cumplimiento del juicio de proporcionalidad) por el legislador en su labor de “regulador del ejercicio” de los derechos fundamentales. Existe un “único contenido” en cada derecho fundamental, y ese es el “contenido sin más”<sup>32</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>33</sup>. Los principios de razonabilidad o proporcionalidad<sup>34</sup> no se deberían emplear para saber hasta donde debe llegar “la afectación al contenido del derecho constitucional”, sino que deberá ser empleado más bien para –valorando las circunstancias concretas– definir los contornos jurídicos del contenido constitucional del derecho en el caso concreto.

<sup>32</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>33</sup> 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. 127.

<sup>34</sup> Para el Tribunal Constitucional razonabilidad o proporcionalidad es un mismo principio. Ha dicho el Supremo intérprete de la Constitución peruana que “[s]i bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”. Exp. 2192–2004–AA/TC, de 11 de octubre de 2004, f. j. 15.

Así, deben ser rechazadas propuestas como, por ejemplo, la que formula 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”<sup>35</sup>. Pero, ¿cómo puede ocurrir que la protección de un derecho o bien constitucional exija la *lesión* de otro derecho igualmente constitucional? ¿Es acaso la Constitución un conjunto de disposiciones contradictorias entre sí? No existe justificación constitucional que habilite al legislador (y en general al poder público) para establecer lesión alguna a un derecho fundamental. Ni el legislador, ni nadie, está habilitado para restringir o 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

Si se acepta lo contrario se estaría admitiendo la ineficacia de al menos dos de los principios de interpretación constitucional: el de unidad y el de normatividad de la Constitución<sup>36</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 cuyo contenido constitucional exige la restricción o lesión de otro derecho o bien fundamental.

De igual manera, se estaría quebrantando el principio de normatividad de la Constitución porque admitir que un derecho fundamental pueda ser lesionado o sacrificado significa tanto como admitir que la Constitución no vincula –al menos no de modo efectivo– en aquella parte que recoge y garantiza el derecho lesionado o sacrificado, es decir, en aquella parte del contenido constitucional considerado como *no esencial*. Habría, por tanto, partes de la Constitución que sí vincularían y partes que no.

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

En efecto, la Constitución en general y los derechos fundamentales en particular, tienen por finalidad evitar que el poder político sea ejercido de modo contrario a lo que demanda el pleno desarrollo de todas y cada una de las personas que conforman la comunidad

<sup>35</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Limitación de los...*, ob. cit., p. 442. La cursiva es añadida.

<sup>36</sup> MAURER, Hartmut. *Staatsrecht...*, ob. cit., ps. 25–27.



estatal. El ejercicio del poder está limitado por los derechos fundamentales en tanto estos le generan deberes (unos de abstención y otros de actuación) de protección y promoción de todos los derechos fundamentales.

En cualquier caso, el calificativo de “esencial” que se podría atribuir al contenido de un derecho, se permitiría siempre y cuando con ello no se quiera hacer significar que el derecho tiene un contenido no-esencial, sino que se emplease para significar que el derecho tiene un solo contenido y todo él es “esencial” en cuanto atañe a la esencia misma del derecho, a su naturaleza, a su ontología, sobre el cual el poder político nada que no sea favorecer el pleno ejercicio de ese contenido puede hacer. O todo el contenido del derecho fundamental es considerado como esencial y, por tanto, todo él vincula al poder político, o se deja de lado el adjetivo “esencial”, porque –de debe insistir una vez más– no existe un contenido constitucional no esencial.

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 constitucional al final), sino que además se volvería un instrumento pernicioso por permisivo y *consolidador* de tales vulneraciones. Y es que nada justifica aceptar afectaciones o sacrificios o restricciones a un supuesto contenido no esencial del derecho, si afectar o sacrificar o restringir incluso el contenido no esencial del derecho –en el supuesto que lo hubiese–, no deja de ser una afectación o sacrificio o restricción del contenido del derecho mismo.

Por tanto, no debe distinguirse entre contenido “esencial” y “no esencial” de un derecho, son más los perjuicios que las ayudas que de esta distinción se puedan lograr. Todos los derechos –se debe insistir una vez más–, tienen un solo contenido constitucional, y todo él debe ser respetado tanto por el poder político, como por los particulares. Especial referencia hay que hacer al primero de los nombrados y reafirmar que 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 constitucional de un derecho fundamental.

De esta manera, los caminos propuestos por el Tribunal Constitucional español y ya mencionados anteriormente para la determinación del “contenido esencial”, son de total recibo siempre y cuando la expresión “contenido esencial” se entienda como “contenido sin más”.

## 2. *El contenido del derecho fundamental se delimita, no se limita*

En una segunda consideración, como ya se adelantó, la labor del legislador dentro de la garantía del llamado “contenido esencial” es –empleando la terminología del constituyente español– *regular el ejercicio* de los derechos fundamentales (artículo 53.1 CE).



A los derechos fundamentales, mejor dicho a su contenido constitucional, *no se les puede limitar, pero sin que esto signifique que sean ilimitados*. Los derechos fundamentales son y nacen limitados, sólo abarcan una limitada esfera jurídica, de manera que el derecho –su contenido constitucional– faculta a su titular a la realización sólo de determinadas acciones, no a todas. La labor en particular del operador jurídico es ir perfilando las fronteras del contenido que define al derecho como tal, es decir, ir definiendo los contornos del contenido limitado del derecho. Una vez definidas esas fronteras o contornos internos, ningún órgano estatal –entre ellos el legislador– está habilitado a “limitar” ese contenido “delimitado”. Los derechos fundamentales tienen un contenido limitado “pero, dentro de su limitación, dicho contenido es ilimitable”<sup>37</sup>.

Con acierto ha dicho Häberle que, “si el legislador en el ámbito de los derechos fundamentales actúa de manera que él o determina los límites de los derechos fundamentales según su esencia o conforma (ejecuta) los derechos fundamentales, si siempre actúa como *determinador* de los derechos fundamentales (...) significa que ni ‘limita’, ‘restringe’ ni ‘interviene’ en los derechos fundamentales. Siendo consecuente hasta el final, significa por el contrario, que *son prohibidas al legislador ‘intervenciones’, ‘restricciones’ y ‘limitaciones’ de los derechos fundamentales, ellas serían vulneración de los derechos fundamentales y de su contenido esencial. No existe ninguna restricción conforme a derecho*”<sup>38</sup>.

Por tanto, el contenido de los derechos fundamentales se delimita. Justamente por tener existencia previa e independiente del acto de positivación (en cuanto empiezan a definirse en función de la naturaleza humana), y justamente por tener un contenido esencialmente limitado (el ser *limitado* el contenido pertenece a la esencia del derecho), pueden y deben ser delimitados, es decir, deben ser determinados los contornos de su ámbito de protección, delimitada su frontera interna, deben ser definidos en su alcance, en definitiva, debe ser determinado o delimitado el contenido constitucional del derecho.

En todo caso, la expresión *límites* es de recibo si con ella se quiere advertir que los derechos tienen una fronteras o contornos propios que definen al derecho como tal derecho, y no como restricciones que sobre un supuesto contenido no esencial sufre el derecho. Igualmente la expresión *limitación* del derecho podrá ser admitida sólo si con ella se pretende significar una actividad delimitadora del contenido constitucional del derecho, es decir, una actividad que no restringe (ninguna parte de) el contenido constitucional del derecho, sino como una actividad que precisa los contornos propios o inmanentes del derecho.

<sup>37</sup> CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en...*, ob. cit., p. 250.

<sup>38</sup> HÄBERLE, Peter, *Die Wesengehaltsgarantie...*, ob. cit., ps. 222–223. La cursiva de la letra es añadida.



### 3. *El contenido del derecho fundamental empieza a delimitarse desde la norma constitucional*

Una tercera consideración o pauta hermenéutica a tener en consideración es que el contenido constitucional de un derecho fundamental empieza a formularse desde la norma constitucional misma. Es decir, que quien se enfrente a la labor de delimitar el contenido del derecho en un caso concreto deberá partir de la Constitución, como no podía ser de otra manera. Es necesario acudir a la norma constitucional no sólo porque “un derecho fundamental o una libertad pública en un Estado democrático de derecho no pueden tener una naturaleza jurídica extra ni anticonstitucional, como tampoco proteger unos intereses al margen o en contra del texto fundamental”<sup>39</sup>; sino también porque ayudará a identificar el ámbito de la realidad aludida y que es objeto de protección por la norma constitucional, para “diferenciarlo de aquello que no puede considerarse incluido en el precepto por no pertenecer a lo que éste específicamente quiere proteger”<sup>40</sup>.

Partir de la Constitución tiene una triple significación. Significa, en primer lugar, que hay que fijarse en el concreto dispositivo constitucional que recoge el derecho fundamental cuyo contenido se intenta determinar (interpretación literal). Así mismo, y en segundo lugar, significa también que el operador jurídico deberá tomar en consideración todas las demás disposiciones constitucionales relacionadas con el precepto que recoge el derecho examinado (interpretación sistemática). Y complementariamente, y en tercer lugar, significa que se ha de acudir a la norma internacional sobre Derechos humanos vinculante para el Perú (interpretación internacional).

En efecto, el análisis no debe limitarse solamente al texto del precepto constitucional que recoge el derecho en cuestión, sino que es necesario tener en cuenta toda la normatividad constitucional e interpretarla coherentemente en virtud del principio de unidad y sistematicidad de la Constitución. Este principio 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, de la que es ajena cualquier tipo de contradicción interna<sup>41</sup>; lo que obligará al intérprete constitucional a ir más allá del sólo texto constitucional. Sólo teniendo en cuenta toda la normatividad constitucional los demás derechos o bienes reconocidos en el texto de la Constitución ayudarán a moldear el preciso contenido del derecho en cuestión.

Por poner un ejemplo, si se está ante un caso concreto en el que una de las partes ha invocado el ejercicio de su libertad de información y el operador jurídico –por ejemplo el

---

<sup>39</sup> TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de derecho constitucional español*. 2<sup>o</sup> edición, Atomo ediciones, Madrid, 1991, p. 224.

<sup>40</sup> DE OTTO, Ignacio. *La regulación...*, ob. cit., p. 142.

<sup>41</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. Cfr.. SERNA, Pedro. *Derechos Fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información*, en Humana Iura 4, 1994, p. 224.

Juez— se encuentra frente a la tarea de delimitar el contenido constitucional de la mencionada libertad en ese caso concreto, no se podrá acudir solamente a lo que dispone el artículo 2.4 CP. Si se acude sólo a este precepto constitucional puede llegarse a incluir como contenido constitucional de la libertad de información, por ejemplo, publicaciones con un contenido injurioso. Efectivamente, si se lee que toda persona tiene derecho a “las libertades de información (...), sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos” (artículo 2.4 CP), se podría interpretar –erróneamente– que esta libertad da cobertura constitucional a cualquier tipo de publicación.

Pero si además del artículo 2.4 CP se toma en consideración otros dispositivos constitucionales, como por ejemplo, aquel otro que establece que todas las personas tenemos derecho al “honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar” (artículo 2.7 CP), entonces se concluirá –acertadamente– que no puede formar parte del contenido constitucional de la libertad de información las publicaciones que den cuenta de hechos que pertenecen a la esfera íntima de las personas o, sin pertenecer a esta esfera, presentarlos a través de un lenguaje injurioso.

Complementariamente a esta interpretación literal y sistemática, en el caso peruano es especialmente relevante tomar en consideración lo dispuesto en la Cuarta Disposición final y transitoria de la Constitución peruana. Según esta disposición constitucional, cada vez que intentemos interpretar alguna norma relativa a algún derecho o libertad recogida en el texto constitucional, se ha de acudir a la norma internacional sobre Derechos Humanos vinculante para el Perú<sup>42</sup>. Y, complementariamente, a lo que los Tribunales internacionales hayan interpretado sobre la norma internacional.

Esto quiere decir que, para el caso peruano, el contenido constitucional de los derechos constitucionales se configura también según lo que la norma internacional sobre derechos humanos haya dispuesto del derecho o libertad cuyo contenido se intenta delimitar. No se puede formular el contenido constitucional de ningún derecho constitucional al margen de lo que las normas internacionales o resoluciones de Tribunales internacionales vinculantes para el Perú hayan dispuesto<sup>43</sup>.

Así, es posible encontrar afirmaciones del Tribunal Constitucional como aquella en la que estableció que “en materia de derechos fundamentales, las normas que los reconocen, regulan o limitan deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos. Aquel criterio de interpretación de los derechos no solo es

---

<sup>42</sup> CARPIO, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima 2004, ps. 21–25.

<sup>43</sup> Un ejemplo claro del papel de la norma internacional en la determinación del contenido constitucional de un derecho, es el papel que juega el Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Al respecto cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. *El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo*, en “Asesoría Laboral” 167, Noviembre 2004, ps. 9–14.



una exigencia que se deriva directamente de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino también del hecho de que los tratados, una vez ratificados por el Estado peruano, forman parte del derecho nacional”<sup>44</sup>.

Inclusive, según estas disposiciones constitucionales, los derechos humanos son tan derechos constitucionales que es perfectamente posible la aplicación directa e inmediata de las disposiciones que sobre derechos humanos se dispongan en los distintos tratados o convenios internacionales de los cuales el Perú forme parte. El Tribunal Constitucional luego de recordar lo dispuesto en el artículo 55 CP y en la Cuarta disposición final y transitoria de la CP, afirmó que “[e]n este orden de consideraciones, debe precisarse que el Tribunal Constitucional entiende que, en nuestro ordenamiento jurídico, el denominado *derecho internacional de los derechos humanos* posee fuerza normativa directa o aplicabilidad directa, en tanto los tratados que lo componen, como cualquier otro, ‘forman parte del derecho nacional’ (artículo 55.º, Constitución); así como fuerza interpretativa, en cuanto los derechos reconocidos por la Constitución deben interpretarse ‘de conformidad’ o ‘dentro del contexto general’ (artículo 15.º de la Ley N.º 25398) de dichas fuentes internacionales. Desde luego, en el presente caso, el Tribunal Constitucional aplica la citada disposición de la Convención Americana de manera directa, a título de derecho directamente aplicable”<sup>45</sup>.

#### 4. *Debe acudirse a elementos extra-normativos*

##### A) El elemento teleológico

Pero no sólo una interpretación con base a un criterio formal y a un criterio sistemático son necesarios para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales, sino que se hace necesario apelar también al criterio teleológico. Es imprescindible tomar en consideración qué es lo que se pretende proteger o a qué ámbito de la realidad jurídica se pretende dar cobertura constitucional cuando el Constituyente ha recogido un derecho fundamental determinado. Como se tiene dicho, “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”<sup>46</sup>.

A este elemento hacía referencia el Tribunal Constitucional español con el primero de los dos caminos que ha establecido para la definición del contenido esencial del derecho fundamental. Como se recordará, el Alto tribunal ha mencionado que la definición del contenido esencial de un derecho constitucional, “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

<sup>44</sup> Exp. 1230–2002–HC/TC, de 20 de junio de 2002, f. j. 8.

<sup>45</sup> Exp. 1268–2001–HC/TC, de 08 de abril de 2002, f. j. 2.

<sup>46</sup> MARTÍNEZ–PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del...*, ob. cit., p. 69.

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”<sup>47</sup>.

Así, y para seguir con el ejemplo de la libertad de información, si se toma en consideración el elemento teleológico en este derecho fundamental, se caerá en la cuenta que no tienen cobertura constitucional aquellas publicaciones que no tengan relevancia pública. Si, como es generalmente admitido, el reconocimiento de la libertad de información ayuda a la generación de una opinión pública libre, elemento fundamental para hablar de un Estado democrático, entonces, no puede formar parte del contenido constitucional de la libertad de información las publicaciones sin ninguna trascendencia pública<sup>48</sup>.

Por tanto, como bien se ha escrito, el contenido constitucional de un derecho “debe establecerse no desde un concepto de cada derecho puramente semántico o formal (...), sino desde una noción teleológica de los derechos, es decir, atendiendo a la finalidad para la que han sido formulados históricamente y a las otras que han ido agregándose razonablemente con el devenir del tiempo”<sup>49</sup>. Y es que el contenido constitucional de un derecho “viene dado no tanto por lo que significan las palabras acuñadas para referirse a un determinado derecho (...) cuanto por los bienes humanos que se intentan proteger con la libertad de que se trata”<sup>50</sup>.

#### B) Las concretas circunstancias de cada caso

La delimitación del contenido constitucional de un derecho fundamental no puede formularse al margen de las circunstancias que definen el caso concreto litigioso. No es posible formular un *contenido esencial* de la categoría “derechos fundamentales” o, al menos, no resulta jurídicamente operativo. Tampoco es posible formular en términos generales y abstractos, válido de una vez para siempre, el contenido de cada derecho en particular, como quien encuentra una fórmula química, por la sencilla razón que el Derecho no es una ciencia exacta, ya que sus *variables* no son números, sino personas libres.

A ese nivel abstracto será posible la formulación general de algunos elementos que conforman el contenido del derecho, pero de ninguna manera podrá formularse el

<sup>47</sup> STC 11/1981, citada, f. j. 8, primer párrafo.

<sup>48</sup> Así, para el Tribunal Constitucional, las “libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional. Además, en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública”. Exp. 0905-2001-AA/TC, de 14 de agosto de 2002, f. j. 13. Igualmente tiene declarado que “en un Estado democrático la libertad de expresión adquiere un cariz significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social”. Exp. 2465-2004-AA/TC, de 11 de octubre de 2004, f. j. 16.

<sup>49</sup> SERNA, Pedro. *Derechos Fundamentales: El mito...*, ob. cit., p. 225.

<sup>50</sup> *Ibidem*.



completo contenido del mismo. La delimitación del contenido debe efectuarse “a la luz de los casos concretos, tratando de huir en lo posible de definiciones excesivamente generales y abstractas que podrían entorpecer la exigencia de una interpretación dinámica”<sup>51</sup>.

Esto quiere decir 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>52</sup>. El principio de proporcionalidad o razonabilidad (la exigencia ponderativa, en definitiva) jugará un rol especialmente importante para definir los alcances del derecho constitucional en las referidas circunstancias concretas: hay que ponderar las circunstancias para según cada caso definir lo protegido y lo no protegido por el derecho.

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>53</sup>.

Es verdad que en la medida que el Tribunal Constitucional vaya pronunciándose más veces sobre casos concretos definidos a partir de circunstancias distintas, se puede ir teniendo más criterios y pautas de interpretación de modo que se haga más sencillo determinar si la concreta pretensión que trae una de las partes en un caso, tiene cobertura constitucional porque cae dentro del contenido constitucional del derecho. Pero siempre se necesita conocer de las concretas circunstancias del caso para definir, en ese caso –que puede ser igual o no a otro caso sobre el cual ya hubo pronunciamiento del Tribunal Constitucional– si la cuestión planteada cae dentro o no del contenido constitucional porque –debe insistirse una vez más– se trata de un contenido que no puede formularse en abstracto de una vez para siempre, sino que la respuesta siempre se formulará y valdrá en principio sólo para el caso concreto que se examina. Habrán elementos que por reiteraciones jurisprudenciales definen el contenido constitucional con más facilidad, pero en ningún caso lo han definido totalmente y para siempre.

De alguna manera, a esto se refiere Muñoz cuando escribe 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 el tipo abstracto no es una categoría *estable, fija*, de alguna manera

<sup>51</sup> MARTINEZ– PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del...*, ob. cit., p.73.

<sup>52</sup> Es contundente Hesse cuando afirma que “no existe interpretación constitucional independiente de los problemas concretos”. HESSE, Konrad. *Grundzuge des Verfassungsrechts...*, ob. cit., p. 25, Rn 64.

<sup>53</sup> SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional...*, ob. cit., p. 47.

anquilosada, sino que el modelo puede, debe ser, enriquecido históricamente siempre en favor de la dignidad humana”<sup>54</sup>.

## VII. LA GARANTÍA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

### A) Las primeras declaraciones

La Constitución peruana no ha recogido la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, no al menos de manera expresa como ocurre en la Ley Fundamental de Bonn o en la Constitución española. Esto, sin embargo, no ha sido un impedimento para que el Tribunal Constitucional introdujese la garantía por vía jurisprudencial. La primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional hace alusión al *contenido esencial*, aunque a través del voto singular de dos de sus magistrados que fallan en el mismo sentido que la mayoría, es en la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad<sup>55</sup> interpuesta por 36 congresistas contra la Ley 26592, que reformando la Ley 26300, disponía que para la procedencia del referéndum, se requería de una iniciativa legislativa popular que habiendo sido rechazada por el Congreso, hubiese obtenido al menos 48 votos a favor. La cuestión a dilucidar consistió en si la exigencia previa de intervención del Parlamento con 48 votos suponía o no “la satisfacción de una condición tan desproporcionada, que la propia institución del referéndum se vea gravemente lesionada, al extremo de habersele desnaturalizado, y en consecuencia –aunque no se diga expresamente así– haberse afectado su *contenido esencial*”<sup>56</sup>.

La respuesta que el voto singular formula a la cuestión planteada fue que “el referéndum en cuanto tal no ha sido desvirtuado ni mucho menos afectado en su *núcleo intangible*”<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> 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>55</sup> Exp. 0003–1996–I/TC, de 20 de diciembre de 1996. El voto singular fue emitido por los entonces magistrados del Tribunal Constitucional, Francisco Acosta Sánchez, y José García Marcelo.

<sup>56</sup> *Idem.*, f. j. 10. La cursiva es añadida.

<sup>57</sup> *Ibidem.* La cursiva es añadida. Llega a esta respuesta sobre la base del siguiente razonamiento: El inciso 17 del artículo 2º de la Constitución al disponer que “[l]os ciudadanos tienen, *conforme a ley*, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”, está facultando al legislador ordinario a desarrollar el derecho de referéndum “bien sea con el objeto de precisar sus contornos, bien para fijar sus alcances, bien para limitarlos en su ejercicio” (*Idem.*, f. j. 3). Como la interpretación de una norma constitucional debe efectuarse en conexión y armonía con todas y cada una de las cláusulas que integran la Constitución, el artículo 31 CP vuelve a recoger el derecho de referéndum, disponiendo en su parte final que “[e]s nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos”, sólo puede ser interpretado en el sentido que “la eventual limitación que de ellos [los derechos constitucionales], no puede impedir (“prohibir” dice la Carta) o restringir desproporcionadamente su ejercicio; amén de no poder suprimirlos, pues el límite al que se encuentra sometido el legislador en relación con dichos derechos [políticos reconocidos en el artículo 31º de la Constitución] (y en general, con cualesquiera otros derechos), precisamente lo constituye el que se respete su *contenido esencial*, esto es, aquel *núcleo indisponible para el legislador, cuya existencia lo hace reconocible*” (*Idem.*, f. j. 4). Dado que el contenido del artículo 206º de la Constitución prevé la intervención del Parlamento



Este núcleo intangible, se alcanza a decir también en minoría, vincula al legislador en su actividad de aprobar normas de desarrollo constitucional, al cual debe respetarlo a fin de no desnaturalizar el derecho. Refiriéndose siempre al derecho constitucional a participar en la vida política vía referéndum (artículo 31 CP), se manifestó en el mencionado voto singular que “el límite al que se encuentra sometido el legislador en relación con dichos derechos [políticos reconocidos en el artículo 31º de la Constitución] (y en general, con cualesquiera otros derechos), precisamente lo constituye el que se respete su *contenido esencial*, esto es, aquel *núcleo indisponible para el legislador, cuya existencia lo hace reconocible*”<sup>58</sup>.

La primera vez que esta figura es recogida, ya no como parte de algún voto singular, sino en los fundamentos votados por la mayoría en una sentencia del Tribunal Constitucional, fue en el caso que resuelve la acción de inconstitucionalidad interpuesta por 36 congresistas contra la Ley 26637 que modifica la administración del programa municipal del vaso de leche<sup>59</sup>. La referencia al contenido esencial se formula al dilucidar la cuestión de si la impugnada ley “vulnera [por un lado] el *contenido esencial* de la asociación en cuanto institución protegida, y de otro, el derecho de asociación de las personas que libremente quisieran constituir clubes de madres o comités del vaso de leche”<sup>60</sup>.

Haciendo referencia al derecho constitucional de asociación por el cual “[t]oda persona tiene derecho a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley” (artículo 2.13 CP), manifestó el Tribunal Constitucional que “[s]e trata pues, de una organización protegida por la Constitución que, a diferencia de los órganos constitucionales, cuya regulación se hace en el propio texto constitucional, y su desarrollo se deja al ámbito de la ley orgánica, en ésta la configuración constitucional concreta de ella, se ha dejado al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el respeto del *núcleo esencial* de la institución que la Constitución garantiza”<sup>61</sup>.

---

antes de convocarse al referéndum para el caso concreto de la modificación de la norma constitucional, supone que “los términos concretos en los que la Constitución entiende el referéndum no son exclusivamente, los que la aproximan a lo que la doctrina entiende como un mecanismo de ‘democracia directa’, en el sentido puro de la expresión” (*Idem.*, f. j. 10). Por tanto, se concluyó, es no sólo constitucional la ley 26592, sino que el requisito que ahí se dispone para la convocatoria a un referéndum, no vulnera el contenido esencial de este derecho.

<sup>58</sup> *Idem.*, f. j. 4. La cursiva de la letra es añadida.

<sup>59</sup> Exp. 0004–1996–I/TC, de 03 de enero de 1997.

<sup>60</sup> *Idem.*, f. j. 3.1.b. La cursiva de la letra es añadida.

<sup>61</sup> *Idem.*, f. j. 3.1.a. La cursiva de la letra es añadida. Concluye el Tribunal Constitucional que la ley impugnada no vulnera el contenido básico del derecho de asociación porque “cuando el segundo párrafo del artículo 4º [de la ley 26637] atribuye a las municipalidades provinciales o distritales la facultad de ‘organizar o determinar’ los clubes de madres o comités del vaso de leche que se encargarán de la atención al programa, no está confiéndole la atribución de sustituirse a la iniciativa individual en la constitución de dichos clubes de madres o comités del vaso de leche (...) que impondría un mandato legal constitucionalmente inválido”. *Idem.*, f. j. 3.1.c.



## B) Definición de la garantía según el Tribunal Constitucional

Si se toma en consideración que la Constitución de 1993 se concibe como una norma jurídica fundamental que vincula de modo efectivo a sus destinatarios<sup>62</sup>, entonces no es de sorprender que el Tribunal Constitucional acogiera la doctrina del “contenido esencial” de los derechos fundamentales: el legislador –en general todo el poder político– está vinculado al contenido constitucional de los derechos fundamentales. Si esto es posible por tratarse –la Constitución– de una norma vinculante, entonces la garantía fácilmente puede considerarse como una consecuencia necesaria del carácter normativo de la Constitución, al punto que puede ser asumida como una garantía implícita.

Tiene manifestado el Tribunal Constitucional que “[a]unque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, *es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa*”<sup>63</sup>.

Jurisprudencialmente, la garantía del “contenido esencial” de los derechos constitucionales ha sido definida por el Tribunal Constitucional. Ha dicho este Alto Tribunal que “cuando una norma con fuerza de ley dispone la limitación o restricción del ejercicio de un derecho fundamental, tal circunstancia no puede entenderse en el sentido que el Juez de los derechos fundamentales no pueda o se encuentre imposibilitado de evaluar su validez constitucional, pues en tales casos éste tiene la obligación de analizar si tal limitación afecta o no el contenido esencial del derecho, esto es, *el núcleo mínimo e irreductible de todo derecho subjetivo, indisponible para el legislador, y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia*”<sup>64</sup>.

Ese núcleo mínimo e irreductible hace recordar los postulados de la teoría absoluta sobre el “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Como se recordará, esta teoría propone diferenciar dos tipos de contenidos en el derecho constitucional, uno esencial y otro no-esencial. El primero de ellos sería indisponible para el legislador, mientras que el segundo quedaría a su disposición para ser *limitado* o *sacrificado* siempre que exista una justificación para ello.

Que el Tribunal Constitucional peruano se ha decantado por los postulados propios de la teoría absoluta de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, queda demostrado claramente cuando expresa que “conforme al criterio uniforme de este

<sup>62</sup> Cfr. artículos 38, 45, 102.2, 118.1, y 138 todos de la Constitución peruana.

<sup>63</sup> Exp. 0014–2002–AI/TC, de 21 de enero de 2002, f. j. 93. La cursiva es añadida.

<sup>64</sup> Exp. 1100–2000–AA/TC, de 30 de noviembre de 2000, f. j. 2. La letra cursiva añadida. Definición que se repite exactamente igual más adelante en el Exp. 1122–2000–AA/TC, de 14 de marzo de 2001, f. j. 2. Repárese en el hecho que esta definición ya se contenía en el voto singular de los entonces magistrados Francisco Acosta Sánchez, y José García Marcelo, al Exp. 0003–1996–I/TC ya citado anteriormente.



Colegiado, ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento “no esencial” del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)”<sup>65</sup>.

El Tribunal Constitucional toma como punto de partida la posibilidad de que las *restricciones* al contenido de un derecho constitucional son no sólo posibles sino constitucionalmente permitidas. Aunque eso sí, deben ser aplicadas de modo restrictivo: “[e]s una regla elemental que en materia de interpretación de normas concernientes a la restricción de derechos fundamentales, ninguna opción extensiva resulta legítima”<sup>66</sup>.

Ese es su concepto de derechos constitucionales no absolutos: que los derechos constitucionales no son realidades absolutas significa que sus respectivos contenidos son pasibles de ser *restringidos*. Pero esta restricción será posible sólo en la parte “no esencial” del derecho, pues si se afecta la parte “esencial” se habrá suprimido el derecho debido a que la parte esencial del derecho es indisponible para el legislador y para el poder político en general.

Dentro de este contexto se entiende la afirmación del Tribunal Constitucional por la cual “con carácter general, todos los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones o restricciones en su ejercicio. Pero cuando ello se haga, tales límites no pueden afectar el contenido esencial de ellos, pues la limitación de un derecho no puede entenderse como autorización para suprimirlo”<sup>67</sup>.

#### VIII. CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL

##### 1. *Los derechos constitucionales tienen un contenido limitado y ese contenido limitado es todo él esencial*

Pero a esta concepción del Tribunal Constitucional, pueden formularse al menos dos preguntas. En primer lugar, si el derecho fundamental tiene un contenido constitucional que es una parte esencial y otra parte no esencial, ¿por qué sería posible que el legislador *restringa* el contenido constitucional del derecho fundamental, que aunque no esencial, es contenido constitucional al fin de cuentas? Con otras palabras ¿qué habilita al legislador a restringir el contenido constitucional de un derecho fundamental, si eso significa restringir la Constitución misma?

La respuesta se puede encontrar en la concepción que se tenga de los derechos fundamentales. Aunque no lo manifiesta de manera expresa, la concepción que subyace en

<sup>65</sup> Exp. 0004–2004–AI/TC y otros acumulados, de 21 de septiembre de 2004, f. j. 7.

<sup>66</sup> Exp. 0216–2003–AA/TC, de 24 de enero de 2003, f. j. 4.e.

<sup>67</sup> Exp. 0905–2001–AA/TC, de 14 de agosto de 2002, f. j. 14.

la doctrina del Tribunal Constitucional es que los derechos fundamentales o constitucionales tienden a expandirse ilimitadamente en su contenido. Es como si existiese una cláusula general de libertad que habilitaría a que todos los derechos tendiesen a expandirse en su contenido de forma ilimitada.

Sin embargo, con una concepción así de los derechos se haría prácticamente inviable la convivencia social, y los conflictos de derechos –con los consiguientes conflictos sociales– serían una constante que no permitiría la vida en comunidad. Por ello, quienes parte de esta concepción del Derecho –como es el caso del Tribunal Constitucional– se encuentran en la necesidad de reconocer que se puede *limitar* o *restringir* los derechos. Porque el hombre vive y se desarrolla en sociedad es que no se puede admitir que los derechos son absolutos, es decir, que tengan un contenido ilimitado que permita un ejercicio ilimitado del derecho. Y los derechos –según el Alto Tribunal de la Constitución– se *limitan* con la finalidad de “proteger”, “salvar” otros derechos o bienes jurídicos constitucionales<sup>68</sup>, ya que los derechos habilitarían situaciones contradictorias e irreconciliables que exigirían la *limitación* de uno para el ejercicio del otro (de ahí que el Tribunal llegue a reconocer y admitir la existencia de conflictos entre derechos constitucionales); y los derechos se *restringen* por la actuación del legislador que a través de una norma comprime desde fuera el derecho.

Sólo en esta situación encuentra sentido y justificación la intervención del poder político, en particular del legislador. El legislador deberá –en primer lugar– impedir la expansión ilimitada del derecho; y en un segundo momento deberá comprimir –es decir, deberá *restringir*– el contenido del derecho hasta hacer posible su ejercicio conjunto con otros derechos constitucionales. Esto porque los derechos constitucionales no son absolutos, en la medida que deben ser ejercitados conjuntamente con otros derechos, el ejercicio no puede ser ilimitado, sino que necesita de limitaciones. En este sentido, para el Tribunal Constitucional, *absoluto* significa *ilimitado*.

No otra cosa puede concluirse de declaraciones de este Alto Tribunal como aquella en la que manifiesta que “no [se] admite la aceptación de estados de libertad irrestrictos (...) no es posible hablar sobre esta base de derechos absolutos (...), toda vez que, a la luz de nuestra Constitución, el ejercicio ilimitado de derechos no se encuentra garantizado”<sup>69</sup>. O aquella otra en la que afirmó que los derechos constitucionales “no son derechos absolutos e irrestrictos sino que deben ejercerse dentro de los límites y condiciones fijados por la norma constitucional y las leyes”<sup>70</sup>. O, en fin, aquella en la que declaró que “el ejercicio de los diversos derechos constitucionales que la Constitución Política del Estado enuncia, no tienen el carácter de absolutos, sino que, (...), del hecho que su ejercicio se realice en el

<sup>68</sup> Ha manifestado el Tribunal Constitucional que la justificación de determinados límites “debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita”. Exp. 0010–2002–AI/TC, de 03 de enero de 2003, f. j. 127.

<sup>69</sup> Exp. 2465–2004–AA/TC, citado, f. j. 16.

<sup>70</sup> Exp. 2676–2004–AA/TC, de 01 de octubre de 2004, f. j. 8.



marco de diversas relaciones intersubjetivas (...), se desprenden una serie de límites, cuya observancia, en la medida que no afectan el contenido esencial de los derechos involucrados, no suponen per se, violaciones a los derechos constitucionales”<sup>71</sup>.

Pero como dar la opción al legislador a que comprima –*restrinja*– el contenido de un derecho constitucional resulta peligroso debido a que el legislador podría restringir más allá de lo necesario para permitir la convivencia, o podría restringirlo sin que ello sea necesario para la convivencia, entonces el Tribunal Constitucional apela a la garantía del “contenido esencial”, entendida como aquella garantía que impide que el derecho sea restringido más allá de su “contenido esencial”, es decir, aquella que impide que la restricción desnaturalice o vacíe de contenido al derecho; y que impide que el derecho sea injustificadamente restringido en su “contenido no esencial”. Para restringir el contenido no esencial es necesario que se cumpla con el principio de proporcionalidad; mientras que en ningún caso es posible restringir el contenido esencial del derecho.

Se entiende perfectamente, entonces, que el Tribunal Constitucional haya dicho que no debe aceptarse que “no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad [para su contenido no esencial]”<sup>72</sup>.

Sin embargo, todo este razonamiento que subyace a la doctrina del Tribunal Constitucional no es acertado. Y no lo es porque los derechos constitucionales no son realidades que tiendan a expandirse ilimitadamente. Los derechos constitucionales tienen un contenido que en sí mismo es *limitado*. Los derechos constitucionales nacen limitados y ajustados unos a otros, y todos ellos definen su contenido y ejercicio por el principal criterio hermenéutico de la Constitución: favorecer el más pleno desarrollo de la persona humana, individual y socialmente considerada. Los derechos constitucionales otorgan sólo unas concretas facultades a sus titulares. No otorgan la facultad de un *hacer ilimitado*. El contenido constitucional de los derechos es un contenido que tiene unos contornos propios, inmanentes, que dibujan un ámbito limitado y determinable. Es un contenido indeterminado –en el sentido que no viene dado de una vez para siempre– pero determinable, y se determina precisamente delimitando esos contornos propios.

Y este contenido limitado del derecho fundamental es uno sólo. No existe un contenido esencial que vincula al poder político y otro contenido no esencial que no vincula y que por ello puede ser *restringido*. El contenido constitucional del derecho fundamental es un contenido unitario y homogéneo en cuanto a su vinculatoriedad: todo él vincula en un mismo grado a todos sus destinatarios, de modo que éstos no podrán afectarlo.

Por tanto, debe reiterarse una vez más que la expresión “contenido esencial” es una expresión equívoca, en la medida que alude a la existencia de un contenido no esencial que

<sup>71</sup> Exp. 1060–1997–AA/TC, de 16 de abril de 1998, f. j. 5.

<sup>72</sup> Exp. 0010–2002–AI/TC, citado, f. j. 127.

está a disposición del poder político y que hace del contenido del derecho constitucional, un contenido restringible (aun en su supuesta parte no esencial).

En cualquier caso, debe reiterarse también que podría admitirse el empleo de la expresión “contenido esencial” si es que se deja claramente establecido que ello no supone el reconocimiento de un “contenido no esencial”, sino que se emplea para significar que el contenido del derecho constitucional –que es uno sólo– es todo él esencial en la medida que se desprende de la esencia o naturaleza del derecho constitucional que se trate.

## 2. *El contenido limitado de los derechos constitucionales es ilimitable*

Así mismo, la concepción que el Tribunal Constitucional tiene de la garantía del “contenido esencial” de los derechos fundamentales, puede ser objeto de una segunda pregunta: ¿qué es lo que puede *restringirse*? Según la declaración arriba trascrita, podrá *restringirse* cualquier cosa que no sea el contenido esencial. Es decir, podrá restringirse el contenido *no esencial* del derecho constitucional. Pero –según el Tribunal Constitucional– esta *restricción* no siempre será posible, sino solamente cuando exista una justificación razonable para ello basada en la necesidad de salvación de otro derecho o bien jurídico constitucional. Esta respuesta, sin embargo, no está exenta de críticas.

En primer lugar, si la Constitución es una realidad normativa y que, por tanto, vincula efectivamente a sus destinatarios ¿cómo se puede restringir el contenido de un derecho constitucional? Si se admite que una parte del derecho puede ser restringida, entonces significará que la Constitución no es normativa en aquella parte del derecho que puede ser restringida. Es decir, deberá admitirse que la Constitución no es una realidad normativa o, en el mejor de los casos, que hay partes que sí lo son y otras que no. Pero mucho daño se hace a la vida constitucional de un Estado –como el peruano, tan precario en cultura y tradición constitucional–, si se parte del hecho que la Constitución no obliga, al menos no plenamente. Si se proyecta que la Constitución no es una realidad normativa efectivamente vinculante y que algunos de sus contenidos pueden ser restringidos, se termina alentando comportamientos contrarios a los mandatos constitucionales.

En segundo lugar, ¿cómo puede haber una justificación razonable (que se ajuste al principio de proporcionalidad) para restringir un derecho constitucional? Si todos tenemos el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución (artículo 38 CP), y quienes ejercen el poder político deben hacerlo según las limitaciones que la Constitución establece (artículo 43 CP), y –en referencia al legislador– el poder legislativo tiene la obligación de velar por el cumplimiento de la Constitución (artículo 102.2 CP), ¿qué justificación *razonable* es esa que permite restringir y lesionar el contenido de un derecho por el poder político cuando los derechos constitucionales y la Constitución en general nacen con vocación de limitar el ejercicio del poder? Y se vuelve a lo mismo: no existe razón alguna para *restringir* el contenido constitucional de un derecho porque el contenido de un derecho es limitado e ilimitable. La aplicación de principios como el de



proporcionalidad no puede dar por resultado la *restricción* de un derecho fundamental, es decir, no podrá dar por resultado la *restricción* de la Constitución.

En tercer lugar, admitir que esa justificación razonable tiene como base la salvación de otro derechos constitucional ¿no crea situaciones inconstitucionales y de verdadera injusticia? Partir del hecho que un derecho fundamental debe ser restringido (en su parte no esencial) para permitir la vigencia de otro derecho o bien jurídico constitucional, no sólo supone una situación inconstitucional al romper los principios de unidad y normatividad de la Constitución, sino que además se estarán promoviendo situaciones de verdadera injusticia. En efecto, afirmar que un derecho debe ser restringido o sacrificado en su contenido constitucional para permitir la vigencia de otro derecho constitucional exige jerarquizar derechos (obviamente, el derecho sacrificado o restringido se colocará fácticamente en una posición inferior al derecho salvado). Al no estar prevista la jerarquía de derechos en la norma constitucional, el operador jurídico que deba decidir cuál derecho pesa más sobre el otro, lo hará con base a razonamientos de simple conveniencia social o política. La arbitrariedad en la toma de este tipo de decisiones supondrá una situación de verdadera injusticia para los titulares de los derechos constitucionales restringidos o sacrificados<sup>73</sup>.

En cuarto lugar ¿cómo se distingue la parte esencial de la parte no esencial en el contenido de un derecho constitucional? ¿Cómo sabremos por donde trazar esa línea divisoria que separa la realidad constitucional fuertemente vinculante de la débilmente vinculante o sencillamente no vinculante en un derecho fundamental? No sólo no parece ser sencillo trazar esa línea que separe un contenido esencial de otro que no lo es, de hecho, las dificultades que ello conlleva supondría muchos riesgos para la integridad del derecho constitucional mismo; sino que además es inútil trazarla porque no es posible pensar en un contenido de un derecho constitucional que tenga un doble nivel de vinculación: o todo el contenido del derecho vincula de manera fuerte y absoluta, o no vincula de ninguna manera.

### 3. *Los derechos constitucionales son derechos absolutos*

Como se ha podido argumentar, el razonamiento que emplea el Tribunal Constitucional es deficiente porque contradice el carácter normativo de la Constitución peruana. El poder político no puede *restringir* la Constitución, el poder político debe sujetarse a los mandatos constitucionales y, entre ellos, a los que reconocen los derechos de las personas. El contenido de un derecho constitucional no puede *limitarse* ni *restringirse*. El contenido de un derecho constitucional es –como se argumentó antes– un contenido *limitado en sí mismo* por lo que no permite ninguna limitación, sino que lo que permite y requiere es de *delimitación*. Y ese contenido limitado, que –como ya se estudió– se delimita en cada caso

---

<sup>73</sup> Buena muestra de lo que se ha dicho lo ha dado el Tribunal Constitucional con su teoría de la posición prevalente de las libertades de expresión e información sobre derechos como el honor o la intimidad. Cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. *Algunas cuestiones que genera la vigencia conjunta de las libertades comunicativas y los derechos al honor y a la intimidad*, en “Revista Peruana de Jurisprudencia”, n° 40, ps. CXX–CXXV.

concreto, vincula plena y efectivamente al poder político. Este no lo podrá alterar ni comprimir. En este sentido el contenido constitucional de los derechos constitucionales es absoluto.

El poder político no sólo no podrá contravenir el contenido constitucional de los derechos fundamentales porque está fuertemente (absolutamente) vinculado a los mandatos constitucionales, sino que además –como en el caso peruano– tiene el deber primordial de favorecer que ese contenido constitucional pueda ser ejercido plenamente por los titulares del derecho (artículo 44 CP). Dentro de este entendimiento, el principio de proporcionalidad no es que sirva para justificar una *restricción* al contenido constitucional de los derechos fundamentales, pues esa *restricción* es inconstitucional; sino que sirve para *delimitar* los contornos que definen el contenido constitucional de los referidos derechos.

Pero no sólo el argumento que emplea el Tribunal Constitucional para definir la garantía constitucional de los derechos es deficiente. Sino que además las consecuencias que de ahí se desatan son nefastas para el orden Constitucional. A partir de la concepción del derecho constitucional como una realidad que tiende a expandirse ilimitadamente, llega a concebir los derechos como realidades que pueden entrar en conflicto. Y si los derechos pueden entrar en conflicto, la solución pasa por crear jerarquías de derechos o simplemente por sacrificar derechos constitucionales. El tema del llamado conflicto de derechos fundamentales ya lo he tratado en otro trabajo<sup>74</sup>. Aquí sólo se ha de recordar que los llamados conflictos de derechos no son sólo aparentes, que en los casos concretos lo que realmente entran en conflicto son sólo las pretensiones de las partes en el proceso judicial.

#### 4. *El contenido constitucional vincula al poder político y a los particulares*

Todo el contenido constitucional de los derechos fundamentales –que es un contenido único– vincula de una misma manera e intensidad a todos sus destinatarios. Es decir, los destinatarios de las normas que recogen los derechos constitucionales no pueden actuar de una manera contraria a lo que disponga el contenido constitucional del derecho: no lo pueden contradecir, no lo pueden restringir, no lo pueden limitar. En este sentido, se dijo antes, los derechos constitucionales son absolutos.

Pero, ¿de quien se predica este carácter absoluto del contenido constitucional de los derechos fundamentales? En otras palabras ¿quiénes son los destinatarios de las normas constitucionales que recogen derechos? La cuestión se plantea porque la garantía del “contenido esencial” ha sido siempre referida del legislador para limitar su actividad legislativa: la actividad legislativa, ha dicho tanto el constituyente alemán como el español, no puede vulnerar el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

---

<sup>74</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *¿Existen los llamados conflictos entre derechos constitucionales?*, en “Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional”, n<sup>o</sup> 12, ps. 100–129.



La respuesta a la cuestión planteada es bastante sencilla: los destinatarios de los derechos constitucionales son los destinatarios de la Constitución. Los derechos constitucionales vinculan a los mismos sujetos a los que está llamada la Constitución a vincular. Y, como ya se tuvo oportunidad de argumentar, la Constitución vincula de modo efectivo al poder político, entendido como Poder judicial, Poder ejecutivo y Poder legislativo, así como a los particulares.

En lo que respecta al Poder judicial, por ejemplo, el Tribunal Constitucional tiene declarado que “el que el amparo no proceda contra resoluciones judiciales, se encuentra inexorablemente condicionado a que éstas sean expedidas en franco y absoluto respeto del *contenido esencial del derecho al debido proceso*, característica que permite identificar cuándo se está o no frente a un proceso regular”<sup>75</sup>. O cuando afirmó que “en ese orden de consideraciones el Tribunal Constitucional no puede pasar por inadvertido que, en el caso de autos, al condenarse al actor por los órganos de la jurisdicción militar, cuando de los juzgados y tribunales pertenecientes al Poder Judicial el juzgamiento de los mismos hechos ameritó la expedición de una resolución de sobreseimiento, se vulnerara el *contenido esencial del derecho constitucional al debido proceso penal*”<sup>76</sup>.

Según estas citas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, el contenido constitucional de los derechos fundamentales o derechos constitucionales vincula al Poder judicial. Para los casos citados, se trata del contenido constitucional del derecho al debido proceso. Pero el Órgano judicial no sólo está vinculado al contenido constitucional del debido proceso cuando resuelve las distintas litis que se le presentan, sino que además está obligado a sentenciar según el contenido constitucional del derecho o derechos fundamentales que hayan sido invocados para sustentar las pretensiones contrapuestas en el litigio concreto. Así, tiene declarado el Tribunal Constitucional que “el operador judicial no pueda sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales, ya que rara vez la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelándose a este criterio de interpretación. Requiere, por el contrario, de un esfuerzo de comprensión del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos, principios o bienes constitucionales comprometidos”<sup>77</sup>.

Del mismo modo, exige que la actuación del Ejecutivo, en particular de la Administración pública, se sujete también al respeto del contenido constitucional de los derechos constitucionales. Así por ejemplo, al tratarse del derecho al debido proceso llevado a cabo por el IPSS en la emisión de una resolución de destitución de uno de sus médicos, ha dicho el Tribunal Constitucional que “sin que éste Colegiado tenga por qué señalar si el demandante es culpable o inocente de los cargos que se le imputan, ya que no es ése su cometido, se encuentra en la inexorable obligación de amparar la pretensión reclamada, principalmente, por el lado de la tutela al derecho de defensa, ya que si fue

<sup>75</sup> Exp. 0611-1997-AA/TC, de 02 de septiembre de 1997, f. j. 9. La letra cursiva es añadida.

<sup>76</sup> Exp. 0109-1998-HC/TC, de 02 de julio de 1998, f. j. 7. La letra cursiva es añadida.

<sup>77</sup> Exp. 2209-2002-AA/TC, de 12 de mayo de 2003, f. j. 5.



insuficientemente investigado y por ende mal procesado es justo y de Derecho rescatar el *contenido esencial del Debido Proceso Administrativo*<sup>78</sup>.

O en una resolución de destitución de uno de sus miembros emitida por la PNP, caso en el que el Tribunal Constitucional declaró que “de autos se ha acreditado que la expedición de la Resolución Suprema N° 0248–96–IN/INP, a través de la cual se dispone su pase a la situación de disponibilidad, no se realizó de manera arbitraria, sino como consecuencia de que al actor se le haya seguido un previo proceso administrativo disciplinario, en el que se respetó su jerarquía como miembro de la institución tutelar del orden interno, así como sus derechos constitucionales a la defensa y a ofrecer medios de prueba, ambos componentes del *contenido esencial del derecho al debido proceso*”<sup>79</sup>.

De estas declaraciones del Tribunal Constitucional, se concluye que el Ejecutivo en general y la Administración pública en particular, se obligan al respeto del contenido constitucional de los derechos fundamentales o derechos constitucionales. Así por ejemplo, de las citas hechas, el Ejecutivo se obliga al respeto del “contenido esencial” del derecho al debido proceso. Obviamente, así como el Ejecutivo está vinculado al contenido constitucional del derecho al debido proceso, también lo está del contenido constitucional de los demás derechos constitucionales.

Mientras que para el Legislativo, se tiene algunas declaraciones ya manifestadas anteriormente, como aquella en la que dispuso el Tribunal Constitucional su “obligación de analizar si tal limitación afecta o no el contenido esencial del derecho, esto es, el núcleo mínimo e irreductible de todo derecho subjetivo, *indisponible para el legislador*, y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia”<sup>80</sup>. O aquella otra en la que estableció que “en todo caso las limitaciones o restricciones que a su ejercicio practicase el legislador no podía afectar su contenido esencial [del derecho constitucional]”<sup>81</sup>. O, en fin, aquella en la que ha dispuesto que “todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo”<sup>82</sup>.

Para cuando se trata de particulares, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de predicar la vigencia y vinculación de ellos al contenido esencial del derecho constitucional. Así por ejemplo, el caso en el que un trabajador fue despedido por una empresa privada, el Alto tribunal declaró que “la entidad demandada cumplió con realizar el procedimiento previsto por el Decreto Legislativo 728°, para el caso de comisión de faltas graves del trabajador, respetándose el contenido esencial del derecho al debido proceso”<sup>83</sup>. O, de

<sup>78</sup> Exp. 0543–1996–AA/TC, de 02 de julio de 1998, f. j. 6. La cursiva de la letra es añadida.

<sup>79</sup> Exp. 0561–1997–AA/TC, de 11 de diciembre de 1997, f. j. 3. La letra cursiva es añadida.

<sup>80</sup> Exp. 1100–2000–AA/TC, citado, f. j. 2.

<sup>81</sup> *Idem*, f. j. 3. b.

<sup>82</sup> Exp. 1124–2001–AA/TC, de 11 de julio de 2002, f. j. 12.c.

<sup>83</sup> Exp. 0957–1997–AA/TC, de 03 de abril de 1998, f. j. 2.



manera general, cuando ha manifestado que “para que eventuales abusos en las relaciones entre privados sean planteados en el ámbito de los procesos constitucionales, no basta que se produzca un mero abuso del derecho o que se haya vulnerado un interés o derecho subjetivo de orden estrictamente legal, sino que es preciso que ello repercute directamente en un derecho cuyo contenido sea constitucionalmente protegido”<sup>84</sup>.

#### IX. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿UNA CUESTIÓN DE LENGUAJE?

##### 1. *Hay diferencias de fondo, no sólo de forma*

Se podría pensar que lo que propone la teoría absoluta recogida por el Tribunal Constitucional es básicamente lo mismo de lo que se propone con la reformulación de la garantía del contenido constitucional de los derechos fundamentales aquí presentada, de manera que las diferencias se salvarían con el sólo hecho de ponerse de acuerdo en el significado que se le den a términos como *limitar* o *restringir* el contenido de los derechos constitucionales. Sin negar que existe un punto en común entre ambas propuestas, a saber la existencia de un contenido constitucional que no puede ser dispuesto por el poder político en general, ni por el legislador en particular, de manera que la aceptación de cualquier afectación de este contenido supondría la desaparición del derecho, no se puede dejar de resaltar y recordar una serie de conceptos que hace que las diferencias entre una y otra doctrina no sean simplemente formales y salvables con una simple puesta de acuerdo en la significación de los términos.

En efecto, las diferencias entre una y otra postura son más que formales o lingüísticas. Es distinto el concepto que de derecho subyace en cada una de las posturas: un contenido que tiende a expandirse ilimitadamente, según la teoría absoluta; frente a un contenido en sí mismo limitado, como se ha defendido en este trabajo.

Es distinta la consideración de la Constitución. En primer lugar, es diferente la asunción del carácter normativo de la Constitución y, por tanto, de las normas constitucionales que recogen derechos: normatividad parcial en el caso de la teoría absoluta en la medida que permite la afectación del contenido constitucional que aunque calificado de “no esencial” es contenido constitucional a fin de cuentas; normatividad plena en la propuesta de reformulación que se hace en este trabajo, en tanto no admite la existencia de ninguna parte del contenido del derecho que pueda a disposición del poder político para que pueda limitarla.

En segundo lugar, es distinta la consideración de la Constitución en cuanto a su contenido. Para la teoría absoluta la Constitución puede contener realidades reguladas de modo contradictorio (de ahí que se haga necesario limitar, restringir o sacrificar unas partes para la salvación de otras); mientras que para la reformulación aquí propuesta, la Constitución es una realidad plenamente normativa que es pasible de ser interpretada unitaria, coherente y sistemáticamente.

---

<sup>84</sup> Exp. 0410-2002-AA/TC, de 15 de octubre de 2002, f. j. 8.

Es distinta también la significación que de los derechos constitucionales una y otra propuesta doctrinaria formulan: como realidades de contenido prescindible en el caso de la teoría absoluta, y como realidades absolutamente necesarias para la existencia de la Constitución y de la persona humana, en el caso de la reformulación.

Y en fin, son distintas las consecuencias que de una u otra opción doctrinaria se producen: la existencia de conflicto entre derechos fundamentales y su solución a través de la prevalencia, jerarquía y sacrificio de derechos fundamentales en la teoría absoluta, y la vigencia conjunta y armoniosa de los derechos constitucionales en la propuesta del nuevo entendimiento de la garantía del contenido esencial.

Por tanto, y de manera general, no puede considerarse simplemente una cuestión formal las diferencias existentes entre la teoría absoluta y la reformulación de la garantía aquí planteada. Sin negar la coincidencia en la existencia de un contenido constitucional que no puede ser disponible ni restringible por nadie y en ningún caso, debe igualmente resaltarse que las diferencias no son sólo meramente formales, aun en el supuesto que se llegue a una misma solución de un mismo problema ius fundamental a través del camino que marca la teoría absoluta y a través del camino propuesto por la reformulación.

Por eso es que aunque en el Tribunal Constitucional pueda leerse declaraciones en las que se hace referencia al “contenido constitucionalmente protegido” de los derechos –en las que parece relajar bastante su concepto de restricción de los derechos constitucionales–, no podrá afirmarse que el Alto Tribunal esté realmente transitando el camino de la coherencia constitucional. Y no se podrá mientras siga proponiendo la existencia de una parte del contenido constitucional del derecho –la parte “no esencial”– como restringible o limitable por el poder político; o mientras no abandone por completo la concepción tácita de los derechos como realidades que tienden a expandirse ilimitadamente que le lleva a considerar unos derechos por encima de otros, como si hubiesen categorías de derechos con valor distinto<sup>85</sup>.

## 2. ¿Un acercamiento lingüístico?

Por las manifestadas diferencias de fondo entre la teoría absoluta que es la que recoge el Tribunal Constitucional y la reformulación de la garantía que aquí se ha propuesto, no puede ni tan siquiera considerarse que es un problema lingüístico las permitidas por el Tribunal Constitucional *limitaciones* o *restricciones* del contenido (no esencial) del derecho constitucional.

Tiene manifestado el Tribunal Constitucional que “todos ellos [los derechos constitucionales] son susceptibles de ser regulados y limitados; sin embargo, ello no autoriza a que el legislador los pueda vaciar de contenido, suprimir o disminuirlos. Una

<sup>85</sup> Lo que le llevan a hablar de prevalencia de derechos constitucionales, o de jerarquía de derechos o de sacrificio de derechos constitucionales, como se tendrá ocasión de constatar más adelante.



cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción”<sup>86</sup>.

En esta oportunidad el Tribunal Constitucional está haciendo alusión a la parte que él califica como *esencial* del contenido del derecho. Esta declaración no está referida en ningún momento al contenido *no esencial* del derecho. No significa que esta parte del contenido no exista para el Tribunal Constitucional. Esa parte existe y esa es una de las críticas que aquí se ha formulado al Alto Tribunal. Como se recordará, el Tribunal Constitucional ha dicho que los derechos fundamentales pueden restringirse “a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento ‘no esencial’ del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)”<sup>87</sup>.

Para el Tribunal Constitucional el no respeto o afectación del contenido *esencial* supondrá la desnaturalización o el vaciamiento del contenido del derecho. Esta desnaturalización o vaciamiento no ocurrirá si lo que se afecta es el contenido no esencial, que es la parte del derecho que puede ser disponible por el legislador. Así dijo el Alto Tribunal: “todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. (...) Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles”<sup>88</sup>.

Si el Tribunal reconoce la existencia de dos partes en el contenido de los derechos constitucionales, no cabe duda que en la primera de estas tres declaraciones trascritas está haciendo referencia a la parte considerada como *esencial* al no poder ser dispuesta por el legislador. Si se limita o restringe el contenido esencial del derecho se está disminuyéndolo o suprimiéndolo y esto no lo permite el Tribunal Constitucional. Sin embargo, si se limita o restringe el contenido no esencial del derecho, se estaría estableciendo las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse el ejercicio del derecho, lo cual sí está permitido para el Tribunal Constitucional.

<sup>86</sup> Exp. 0014-2002-AI/TC, citado, f. j. 92.c.1.

<sup>87</sup> Exp. 0004-2004-AI/TC y otros acumulados, citado, f. j. 7.

<sup>88</sup> Exp. 1124-2001-AA/TC, citado, f. j. 12.

Es decir, este Alto Tribunal permite *limitar* y *restringir* el contenido considerado *no esencial* del derecho, y no permite *limitar* y *restringir* el contenido *esencial* del mismo. Pero he aquí lo criticable: nada habilita a considerar que el contenido constitucional de un derecho fundamental tiene dos partes, una que no es disponible por el legislador y otra que sí lo es. ¿Qué extraña razón es esa que permite afirmar que *limitar* o *restringir* una parte del derecho es desnaturalizar el derecho, y que *limitar* o *restringir* la otra parte es establecer las condiciones de ejercicio del derecho? Ya fue objeto de crítica la consideración de un contenido no esencial en los derechos constitucionales. Aquí solo queda reafirmar lo que ya fue materia de argumentación: que los derechos constitucionales tienen un solo contenido que es limitado, ilimitable y delimitable.

Sin embargo, se ha de admitir que es posible un acercamiento de posturas en este supuesto. Las limitaciones o restricciones a las que hace referencia el Tribunal Constitucional pueden ser consideradas constitucionalmente válidas si es que son entendidas como actividades dirigidas a perfilar el contenido constitucional del derecho. En este caso la única expresión válida sería “limitaciones”, pero para ser entendida sólo como la determinación de los límites propios o inmanentes que definen el perímetro de todo el contenido constitucional del derecho. Hablar de límites en los derechos constitucionales es admisible siempre y cuando con ello se esté aludiendo a los límites propios del derecho; y –por tanto– la expresión *limitar* un derecho es también de recibo si es que con ella se alude a una *actividad delimitadora* del derecho, a una actividad de exteriorización de los límites internos.

Sin embargo, este acercamiento no será posible si es que no hay también un acercamiento en las cuestiones sustantivas ya mencionadas anteriormente, como son el concepto de derecho o de la Constitución misma. El acercamiento sólo será aparente o, en el mejor de los casos sólo parcial, si no existe un acercamiento en los mencionados elementos de fondo. En todo caso, debe advertirse que esto que se ha estudiado acerca de la doctrina absoluta del contenido de los derechos constitucionales es lo que ha declarado el Tribunal Constitucional.

#### X. A MODO DE COLOFÓN: CONTENIDO CONSTITUCIONAL, CONTENIDO LEGAL Y CONTENIDO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Finalmente, se aludirá al segundo de los frentes de investigación y debate que abre los artículos 5.1 y 38 CPC que se indicó al inicio de este trabajo. Se hará sólo brevemente y con la única intención de mostrar el criterio que puede ser el adecuado para distinguir entre contenido constitucional y no constitucional de un derecho fundamental. Y se empezará partiendo de un ejemplo: el contenido constitucional del derecho al trabajo. En este caso, ha dispuesto la Constitución que el legislador es quien dará adecuada protección al trabajador contra el despido arbitrario (artículo 27 CP). Con base a este mandato constitucional, el legislador ha optado por definir la *adecuada* protección como la



indemnización en los términos del artículo 38 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral<sup>89</sup>.

La indemnización como respuesta al despido arbitrario es constitucional en el caso peruano, porque es una de las respuestas posibles al despido arbitrario, al haberse así considerado en el Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales<sup>90</sup>, más conocido como el “Protocolo de San Salvador”<sup>91</sup>, y al que se ha de acudir para definir el contenido del derecho al trabajo porque así lo exige la Cuarta Disposición final y transitoria de la Constitución peruana.

Pues bien, esta decisión del legislador no puede ser considerada como un contenido legal distinto del contenido constitucional. La justificación es que el contenido prácticamente le viene dado por el mismo texto constitucional que remite la cuestión al texto internacional sobre derechos humanos y en el que se ha previsto también la indemnización como una de las respuestas válidas frente a un despido arbitrario. La actividad legislativa del legislador, Ejecutivo en este caso, ha consistido en ir perfilando el contenido constitucional del derecho, es decir, en ir sacando a la luz los contornos internos, inmanentes del derecho al trabajo. Y lo ha hecho bien, no ha violado el derecho constitucional, sino que ha pasado precisamente sobre la frontera o límite interno al momento en que ha optado por la indemnización como respuesta ante el despido arbitrario al permitirlo así la norma internacional.

Esto permite afirmar que no toda actividad legislativa sobre derechos fundamentales significará un *contenido legal* del derecho. Es posible también que algún pronunciamiento legislativo sobre el contenido del derecho fundamental deba ser considerada como *contenido constitucional* del derecho y no como simple *contenido legal*. Ello ocurrirá cuando la actividad legislativa se haya dirigido a agregar como contenido del derecho una facultad o una pretensión que brote directamente (expresa o tácitamente) del texto constitucional (de sus normas, principios o valores). Si el legislador le ha agregado como contenido del derecho una pretensión o facultad que no se desprende de la Constitución, en estricto, ese contenido será simplemente un *contenido legal* y no será pasible de protección a través de un proceso constitucional. Este debe ser el principal

---

<sup>89</sup> En el segundo párrafo del artículo 34 del D. S. 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el legislador ha dispuesto que “[s]i el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38º, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente”. Y en el artículo 38 de la mencionada normatividad se ha dispuesto que “[l]a indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”.

<sup>90</sup> En él se ha establecido que “[e]n casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional” (artículo 7.d).

<sup>91</sup> Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.

criterio que ayudará a distinguir el contenido constitucional de un derecho, del contenido simplemente legal del mismo.

Dicho esto, se debe dar un paso más y preguntarse si acaso es posible distinguir entre *contenido constitucional* y *contenido jurisprudencial*, así como se diferenciaba del *contenido legal*. Empleando el mismo criterio empleado para el caso anterior, se debe afirmar que si la jurisprudencia lo que hace es sacar a la luz un contenido constitucional que no estaba expreso, es decir, si lo que hace es perfilar los contornos constitucionales inmanentes de un derecho fundamental, ese contenido, aunque venga determinado en una sentencia que configure jurisprudencia, no es simplemente un contenido jurisprudencial, sino que se trata de un contenido constitucional.

Y es que tanto el legislador como el juez no sólo cumplen una labor de protección y defensa de los derechos fundamentales, sino que además cumplen con una especialísima función: ir delimitando (a través de leyes o de la jurisprudencia) el contenido constitucional del derecho fundamental, un contenido que brota de la Constitución y de la propia naturaleza del derecho que se trate. Esto conlleva a afirmar que si bien hay que diferenciar entre contenido constitucional y contenido legal, y entre contenido constitucional y contenido jurisprudencial, también hay que buscar el contenido constitucional de un derecho fundamental en la legislación de desarrollo constitucional y en la Jurisprudencia, en particular, en la del Tribunal Constitucional, porque habrá algunas leyes o algunas sentencias que perfilarán el contenido constitucional del derecho fundamental.

