



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES NO SE SUSPENDEN NI SE RESTRINGEN EN UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

Luis Castillo-Córdova

Piura, 2008

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

## I. INTRODUCCIÓN

La plena vigencia de los derechos fundamentales representa una exigencia de especial importancia tanto para la existencia digna de la persona humana como para la existencia de un verdadero Estado democrático de derecho. La consideración que dentro de toda realidad estatal, social y jurídica experimenta la persona humana, se ha convertido en un rasgo indiscutible de las modernas democracias, al menos de las occidentales. Pero el Estado, como comunidad política histórica que existe en un tiempo y lugar determinado y, por tanto, dentro de unas circunstancias que muchas veces condicionan severamente su actuación, ha tenido y tiene que hacer frente a una serie de amenazas y peligros (ya naturales, ya provocados por el mismo hombre) que ponen en serio riesgo no solamente su existencia como Estado de derecho, sino incluso su existencia misma como Comunidad política.

Para afrontar estas situaciones el legislador constituyente en los distintos ordenamientos constitucionales, ha previsto la existencia de los comúnmente llamados “régimenes de excepción” que, entre otras consecuencias y dependiendo del tipo de régimen, habilita al Ejecutivo a *suspender* o *restringir* determinados derechos fundamentales. Dentro de este contexto de excepcionalidad cabe preguntarse por lo que ocurre con la exigibilidad de las normas iusfundamentales. ¿Se suspenden o restringen realmente los derechos fundamentales en los régimenes de excepción? O por el contrario, se trata de derechos absolutos que permanecen incólumes incluso en situaciones de excepcionalidad. A la solución de esta cuestión se dedicará este artículo.

## II. LA SUSPENSIÓN O RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS TEORÍAS ABSOLUTAS Y RELATIVAS SOBRE LA DEFINICIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La superación de las situaciones excepcionales, “no pocas veces manchados de sangre, o ensalzados por conductas heroicas (...) hechos provistos de grandes dosis de irracionalidad”<sup>1</sup>, requiere de una actuación rápida y eficaz que normalmente supone dotar de unos mayores poderes al Presidente o Jefe del gobierno de la Comunidad política puesta en riesgo<sup>2</sup>. Los mayores poderes pueden llegar –normalmente llegan– a facultar al gobernante a *restringir* o *suspender* los derechos fundamentales<sup>3</sup>, tanto de forma colectiva<sup>4</sup> como individual<sup>5</sup>, eso sí, sujetándose a las previsiones jurídicas que se hayan

<sup>1</sup> CARRO MARTÍNEZ, Antonio. “Situaciones de anormalidad constitucionalidad”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (director). *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales – EDERSA, Madrid, 1998, p. 211.

<sup>2</sup> En palabras del Tribunal Constitucional peruano, una de los elementos que caracterizan los régimenes de excepción, es la “[c]oncentración del poder, con permisión constitucional, en un solo detentador –normalmente el jefe del Ejecutivo–, mediante la concesión de un conjunto de competencias extraordinarias, a efectos de que la acción estatal sea tan rápida y eficaz como lo exijan las graves circunstancias de anormalidad que afronta la comunidad política. Fruto de ello es el acrecentamiento de las atribuciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía”. EXP. N.º 0017–2003–AI/TC, del 16 de marzo de 2004, F. J. 18.a.

<sup>3</sup> Como se ha dicho, “[n]ormalmente se refuerza la potencialidad del Ejecutivo que adquiere una primacía momentánea sobre los demás poderes, con un simultáneo recorte o padecimiento de algunos derechos y libertades individuales”. CARRO MARTÍNEZ, Antonio. “Situaciones de anormalidad...”, cit., p. 216.

<sup>4</sup> Por ejemplo, en el caso del ordenamiento constitucional español se ha dispuesto que “[l]os derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser



dispuesto ya que “los regímenes de excepción no dejan de ser regímenes de derecho”<sup>6</sup>. Pero ¿realmente pueden suspenderse o restringirse los derechos fundamentales?

De modo general puede afirmarse que todo derecho –entre ellos los derechos fundamentales– tiene un contenido jurídico, lo que significa que cada derecho significa y tiene el alcance que su contenido jurídico le ha previsto. El contenido jurídico de un derecho fundamental puede tener naturaleza constitucional o infra constitucional. Aquí interesará hacer referencia sólo al primero, al menos por las siguientes razones. Primera, porque el contenido legal de un derecho fundamental será jurídicamente válido en tanto sea un contenido ajustado al mandato constitucional, es decir, en la medida que no contravenga el contenido constitucional del derecho fundamental. Segunda, porque cuando se habla de restricciones o suspensiones del contenido de un derecho fundamental, tanto la restricción como la suspensión se plantea y justifica desde la Constitución misma. Y tercera, porque siendo las normas iusfundamentales expresiones generales y vagas, el contenido constitucional del derecho fundamental coincide con el contenido esencial, es decir, con aquello por lo cual un derecho fundamental es el que es y no es otro derecho distinto.

### 1. Teorías absolutas y restricción de los derechos fundamentales

Varias teorías se han formulado para establecer el significado del contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental. De entre ellas se han de destacar las llamadas teorías absolutas y las teorías relativas. Proponer y admitir como jurídicamente posible la restricción (del contenido) de derechos constitucionales o fundamentales tiene su punto de partida en las llamadas teorías absolutas<sup>7</sup>. En buena cuenta estas teorías proponen que el contenido constitucionalmente reconocido de un derecho fundamental cuenta con dos facetas relacionadas una con la otra al modo de dos círculos concéntricos. El círculo interior contiene la parte esencial del derecho fundamental; mientras que el círculo exterior vendría a dibujar su parte no esencial. La parte nuclear o contenido esencial del derecho es absoluta, es decir, no puede ser dispuesta (limitada, restringida o sacrificada) ni por los particulares ni por el poder público –en particular por el Legislador– en ningún caso. Se trata de un límite absoluto (*absolute Grenze*), el cual de ser cruzado genera automática y necesariamente la vulneración del contenido esencial del derecho fundamental<sup>8</sup>. Mientras que la parte no esencial accidental o periférica del derecho no vincula de modo absoluto al legislador sino solo relativamente, de manera que el legislador podrá afectar (limitar, restringir, sacrificar) la parte no esencial siempre y cuando exista

---

suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución”. Artículo 55.1 CE.

<sup>5</sup> Por continuar con la referencia al caso español, constitucionalmente se ha previsto que “[u]na ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”. Artículo 53.2 CE.

<sup>6</sup> Como se ha apuntado, “los regímenes de excepción no dejan de ser regímenes de derecho”. BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución de las garantías constitucionales*. 2ª edición, Fe de Erratas, Lima, 2000, p. 439.

<sup>7</sup> Sobre esta teoría en Alemania Cfr. 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, ps. 226–271.

<sup>8</sup> BVerfGE 16, 194 (201).

una justificación para ello. La justificación, en estos casos, sólo puede consistir en la necesidad de salvar otro derecho constitucional u otro bien jurídico constitucional<sup>9</sup>.

Estas teorías se encuentran en la base de la justificación de la *restricción* de derechos fundamentales. En efecto, con base en una concepción nuclear y accidental del contenido constitucional de un derecho fundamental podrá afirmarse que en los regímenes de excepción la *restricción* se producirá solamente en la parte no esencial del derecho. Complementariamente, podrá también afirmarse que la justificación de la *restricción* del derecho en su parte no esencial radicará en que la *restricción* sea necesaria para la salvación de un bien jurídico constitucional (seguridad nacional, por ejemplo), u otros derechos constitucionales (los de las personas afectadas por el desastre natural, por ejemplo). Por tanto, hablar de la *restricción* de derechos fundamentales en un régimen de excepción significa afirmar las bases teóricas de las teorías absolutas.

## 2. Teorías relativas y suspensión de los derechos fundamentales

Por otro lado, hablar de *suspensión* de derechos constitucionales o fundamentales tiene su punto de partida en las llamadas teorías relativas de la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Para estas teorías, en buena cuenta, el contenido constitucional del derecho fundamental no está dividido en dos partes, una esencial y otra no esencial, como lo proponía las teorías absolutas. El contenido es uno solo, y –digámoslo así– todo él puede ser limitado, restringido o sacrificado por el legislador (y con él, para el Ejecutivo y el Judicial), siempre y cuando la medida que limita, restringe o sacrifica el contenido del derecho fundamental haya pasado el *test* de proporcionalidad, en particular, las exigencias de la ponderación. Si no existe un contenido indisponible para el legislador de modo que todo él podrá ser *restringido*, se entiende que el derecho fundamental pueda quedar *suspendido*. Así será cuando la *restricción* abarque la totalidad del contenido del derecho. No hay impedimento, por tanto, para que al aplicar el principio de proporcionalidad a fin de establecer el contenido del derecho que ha de ser restringido, el resultado que se obtenga es la justificación de la *restricción total* o *suspensión* del mismo. Es posible hablar de *suspensión* del derecho en una situación de excepcionalidad si antes se ha admitido que es posible dejar sin efecto la totalidad del contenido del derecho fundamental. Bien entendido, cuando se dispone la *suspensión* del derecho, todo el contenido del derecho queda suspendido, la suspensión en estos casos no puede ser parcial sino total. Y sólo podrá ser total si antes se ha admitido que el derecho no tiene ninguna parte que se muestre indisponible al poder político, que es lo que predica las teorías relativas.

## III. PUNTOS EN COMÚN DE AMBOS TIPOS DE TEORÍAS

### 1. Los límites como realidades impuestas desde fuera del derecho mismo

Ambas clases de teorías siendo distintas coinciden en la concepción de la naturaleza jurídica del contenido normativo de los derechos fundamentales y de la posición jurídica del poder político frente a ellos. Los derechos fundamentales pueden ser *suspendidos* o *restringidos*, debido a que su contenido es disponible (totalmente según las teorías

<sup>9</sup> Como bien se ha puesto de relieve, en estas teorías “la periferia puede ser restringida, según las necesidades que se deriven de otros derechos, bienes o intereses que aparezcan tipificados en la Constitución o que sean relevantes en la vida social”. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p. 405.



relativas, y parcialmente en las absolutas). Hoy en día es común la afirmación de que el poder político (en todas sus manifestaciones) puede *restringir* o *suspender* derechos fundamentales. La justificación de esta afirmación es que ello es posible debido a que los derechos fundamentales, primero, tienen la calidad de principios<sup>10</sup>, por lo que –segundo– no sólo tienen reconocido un peso específico<sup>11</sup>, sino que además –tercero– son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en grados distintos<sup>12</sup>. Por lo que, es posible atribuir pesos a los derechos fundamentales, y dependiendo del peso el derecho alcanzará un grado de optimización u otro.

Ciertamente, la asignación de un peso a un derecho fundamental no es abstracta ni general pues “no existen jerarquías internas en la Constitución”<sup>13</sup>. Debido a que los derechos fundamentales contienen un mandato de optimización por el que se ordena “que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas”<sup>14</sup>, la optimización tendrá lugar siempre en las concretas circunstancias que define el conflicto de derechos fundamentales, de modo que lo establecido sería una jerarquía móvil de derechos<sup>15</sup>. La solución del conflicto entre principios, que se define como “dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorio”<sup>16</sup>, se obtiene precisamente estableciendo cuál de los dos principios en colisión tiene mayor peso en el caso concreto. Y es que, “el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos”<sup>17</sup> al caso concreto. Tomando en consideración que “la colisión de principios –cómo sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”<sup>18</sup>, la solución de la colisión pasa por determinar cual de los dos derechos (principios) en colisión tiene el mayor peso y cual el menor.

Tanto la categoría de conflicto entendido como *choque*, como la solución del mismo entendido como *prevalencia del derecho fundamental* (principio) que tiene mayor peso en el conflicto concreto, sólo son posibles de ser formuladas y ejecutadas con base en la distinción entre contenido constitucional *prima facie* o también llamado “ámbito de protección inicial”<sup>19</sup>, o “contenido constitucionalmente protegido *ab initio*”<sup>20</sup>, y contenido constitucional *definitivo* del derecho fundamental. En efecto, si los derechos fundamentales son considerados principios, y el principio es definido como un mandato de optimización, entonces los derechos fundamentales tal y como son recogidos en la

---

<sup>10</sup> Se ha afirmado que “[l]a teoría de los principios, y con ella la teoría de los derechos limitables, es hasta ahora el mejor camino hacia un mayor entendimiento de la estructura de los derechos fundamentales”. BOROWSKI, Martin, “La restricción de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 59, mayo–agosto 2000, p. 56.

<sup>11</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, ob. cit., p. 569.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

<sup>13</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid 2003, p. 191.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los...*, ob. cit., p. 99.

<sup>15</sup> GUASTINI, Riccardo, “Ponderación, Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, 8, agosto de 2007, p. 637.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los...*, ob. cit., p. 87.

<sup>17</sup> Idem., p. 161.

<sup>18</sup> Idem., p. 89.

<sup>19</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, ob. cit., p. 461.

<sup>20</sup> MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw–Hill, 1996, p. 153.

Constitución “no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*”<sup>21</sup>. Este carácter *prima facie* configura el ámbito de protección inicial del derecho fundamental. Se trata de un ámbito caracterizado por su enorme amplitud, pues queda “conformado por todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar en principio semánticamente con el derecho tipificado en la Constitución”<sup>22</sup>. Esta adscripción *prima facie* se lleva a cabo con criterios muy laxos, pues “[b]asta que la norma o la posición jurídica correspondiente tenga por lo menos una propiedad que la relacione con la disposición iusfundamental, para que se le pueda considerar como una norma o posición adscrita *prima facie*”<sup>23</sup>. No se ha de reparar si la norma o posición adscrita “pueden dañar o afectar algún derecho de terceros o los intereses generales de la comunidad”<sup>24</sup>. En definitiva, se trata de “la amplia esfera de libertad ‘natural’ ”<sup>25</sup>.

Debido a que si se piensa un derecho fundamental con un contenido tan amplio como el referido convierte al derecho en una realidad impracticable y –por ello– jurídicamente no protegible, se hace necesario *restringir* o *suspender* el ampuloso alcance *prima facie* del derecho para reducirlo a lo prácticamente posible y a lo jurídicamente aceptable. Así, “[u]na vez restringido, todo derecho fundamental adquiere su posición jurídica definitiva, o en otros términos, ciñe sus contornos, ya no a un ámbito de protección inicial, sino a un *contenido efectivamente garantizado*”<sup>26</sup>. Consecuentemente, la *restricción* de los derechos fundamentales puede ser definida como “normas que restringen la realización de principios iusfundamentales”<sup>27</sup>.

En este contexto, los derechos fundamentales no podrán existir nunca en armonía pues *prima facie* chocan y se contradicen, y luego *definitivamente* cuando se ha resuelto el choque lo que existe es un derecho vencedor y un derecho vencido. Utilizando la terminología propia de la teoría de los derechos fundamentales como principios se diría que “un principio únicamente puede realizarse a costa del otro”<sup>28</sup>. En la base de toda esta propuesta dogmática se encuentra la teoría externa de los límites de los derechos fundamentales<sup>29</sup>. Según ésta teoría los límites de los derechos fundamentales son siempre imposiciones externas, que vienen generadas e instituidas desde fuera del derecho mismo, son, por tanto, una realidad externa y distinta al contenido constitucional del derecho. La imposición la sufrirá el derecho vencido con un alcance proporcional al grado de optimización que se haya reconocido al derecho vencedor.

## 2. El principio de proporcionalidad

Este modo de ver las cosas empuja necesariamente a la aceptación de que los derechos fundamentales pueden entrar en verdadero conflicto entre sí o contra otros bienes jurídicos constitucionales. Si todos los derechos fundamentales inicialmente tienen un

<sup>21</sup> Idem 99.

<sup>22</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad ...*, ob. cit. p. 460.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa...*, ob. cit., ps. 61–62.

<sup>25</sup> Idem, p. 62.

<sup>26</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad ...*, ob. cit. p. 461.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los...*, ob. cit., p. 276.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 103.

<sup>29</sup> BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2004, p. 140.



ámbito de protección que se expande ilimitadamente, entonces no hay modo de evitar que choquen entre sí. La Constitución sería *prima facie* un hervidero de derechos en constante e infinito choque y contradicción y en descarnada pugna por imponerse unos sobre otros a fin de lograr la ordenada optimización. Optar por la maximización de un principio o derecho fundamental en lugar de su contrario depende de que se hallen mayores y mejores razones para establecer cuál derecho deberá prevalecer y cual deberá ser postergado. Un principio o derecho fundamental “es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor”<sup>30</sup>. Estas razones que definen cual derecho fundamental deberá beneficiarse de la maximización porque tiene un mayor peso, se definirían principalmente a través de la aplicación del principio de proporcionalidad. Como se ha escrito respecto del Legislador, aseveraciones fácilmente extensibles a la Administración o al Juzgador, “[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. En resumidas cuentas, la exigencia de justificación o razonabilidad supone examinar las disposiciones legislativas a la luz del juicio de ponderación”<sup>31</sup>.

De esta manera, el principio de proporcionalidad dentro de las teorías absolutas y relativas, tiene la misión de sopesar el contenido *prima facie* de dos derechos fundamentales a fin de establecer cual de ellos tiene un mayor peso a fin de hacerlo prevalecer sobre el otro derecho fundamental en pugna. El principio de proporcionalidad se convierte así en la figura decisiva para la determinación de lo constitucionalmente válido de los derechos fundamentales en los casos concretos. De ahí que sea conveniente detenerse aunque sea brevemente, en su estudio. La determinación del derecho fundamental (principio) se intenta establecer a través del sometimiento de la medida (legislativa, ejecutiva o judicial) que dispone la restricción del derecho a tres juicios: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *sensu estricto*<sup>32</sup>. De modo que una *restricción* o *sacrificio* de un derecho fundamental será constitucionalmente permitido si la medida que establece la *restricción* o *sacrificio* es una medida idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto, de la siguiente manera.

#### A) El juicio de idoneidad

El primer juicio que compone el *test* de proporcionalidad es el juicio de idoneidad o de adecuación. Este juicio tiene una doble exigencia: requiere que la medida o acto *restrictivo* de un derecho fundamental persiga un fin; y exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin. Así, la medida restrictiva o suspensiva “debe ser idónea para producir la protección del bien jurídico”<sup>33</sup>. En palabras del Tribunal Constitucional peruano, “toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida *sub examine*”<sup>34</sup>. Sin embargo, no cualquier finalidad sirve para legitimar una medida que *restringe* derechos

<sup>30</sup> Idem, p. 100.

<sup>31</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y...*, ob. cit. p. 239.

<sup>32</sup> Por eso, el principio de proporcionalidad puede definirse de modo general como aquel principio “integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio”. BARNES, Javier. “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 5, 1998, p. 16.

<sup>33</sup> BVerfGE 67, 157 (173).

<sup>34</sup> EXP. N.º 0050-2004-AI/TC y otros acumulados, del 3 de junio de 2005, F. J. 109.

fundamentales, sino que el fin propuesto debe ser constitucionalmente permitido, socialmente relevante<sup>35</sup>; y desprenderse realmente del contenido de la medida misma<sup>36</sup>.

Para advertir la vinculación del juicio de idoneidad con la teoría de los derechos fundamentales como principios, se asumirá lo siguiente: que  $P_1$  es un derecho fundamental que entra en contraposición con  $P_2$ ; que  $M_1$  es una medida adoptada con la finalidad  $F$  consistente en el favorecimiento de  $P_1$ , pero que restringe  $P_2$ ; y que  $M_0$  es una medida con la cual no se obtiene  $F$  pero que restringe  $P_2$ . Porque los derechos fundamentales son considerados principios y, por tanto, deben ser entendidos como mandatos de optimización, entonces la proscripción de  $M_0$  viene exigida por la consideración de  $P_2$  como un principio. Si  $P_2$  no fuese considerado como un principio, entonces podría ser adoptada  $M_0$  debido a que para  $P_1$  es indistinta la adopción de  $M_0$  ya que ni le favorece ni le restringe. Precisamente porque  $P_2$  es un principio que ha de ser optimizado lo más posible, exige que no se adopte  $M_0$ . Si se adoptase  $M_0$ , ésta incurriría en inconstitucionalidad por haber restringido desproporcionadamente a  $P_2$ .

#### B) El juicio de necesidad

Si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad, no por ello es una medida proporcionada, sino que ha de superar –como siguiente paso– el juicio de necesidad. Mediante este juicio se examina si una medida que restringe un derecho fundamental es la menos restrictiva de entre otras medidas igualmente eficaces para alcanzar la finalidad constitucionalmente permitida que se persigue con la medida restrictiva examinada. De forma que “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado”<sup>37</sup>. Definido así el juicio de necesidad, es claro que presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad sólo se realiza entre medidas igualmente eficaces para el logro de la finalidad que se persigue<sup>38</sup>. Con otras palabras, se “[r]equiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio

<sup>35</sup> Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español tiene dicho que el juicio de idoneidad “permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes”<sup>35</sup>. Por tanto, se requiere de medidas “cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar”. EXP. N.º 1260–2002–HC/TC, del 9 de junio de 2002, F. J. 5.

<sup>36</sup> Así por ejemplo, en referencia a la detención preventiva, el Tribunal Constitucional alemán ha tenido que hacer referencia al “verdadero motivo” que subyacía a la medida que restringía la libertad. Así dijo el mencionado Tribunal: “el juez tiene que tener en cuenta que el objetivo que se persigue como el verdadero motivo de justificación de la detención preventiva, es el de garantizar el desarrollo ordenado del proceso penal, y asegurar la posterior ejecución de la pena; si deja de ser idónea para uno de estos fines, no será proporcionada y por consiguiente no será admisible, en principio, ordenarla, mantenerla o cumplirla”. BVerfGE 19, 342 (349).

<sup>37</sup> EXP. N.º 0050–2004–AI/TC, citado, F. J. 109.

<sup>38</sup> Para Cianciardo, se trata de “un juicio plurilateral, vertical y horizontal simultáneamente, entre el medio escogido, el fin buscado y otros medios hipotéticos (...) Es un juicio de comparación que tiene lugar, primero, entre cada medio y el fin, y después, entre el medio y los medios alternativos”. CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Universidad Austral – Editorial Abaco, Buenos Aires, 2004, p. 90.



alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental”<sup>39</sup>. Así, una medida será necesaria “si el legislador no habría podido elegir otro medio igualmente eficaz pero nada o sensiblemente menos restrictivo del derecho”<sup>40</sup> que el empleado finalmente; o cuando una finalidad “no se puede alcanzar con otro tipo de medidas que coarten menos la libertad”<sup>41</sup>. Dicho negativamente, una medida que restringe un derecho fundamental será innecesaria cuando “resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador”<sup>42</sup>.

Para establecer la vinculación del juicio de necesidad con la teoría de los derechos fundamentales como principios, se requiere añadir a los ya mencionados P<sub>1</sub>, P<sub>2</sub> y F, las siguientes dos variables: M<sub>1</sub>, como medida que permite F pero que restringe poco P<sub>2</sub>; y M<sub>2</sub>, como medida que igualmente permite F pero que restringe mucho P<sub>2</sub>. Nuevamente, sólo la consideración de P<sub>2</sub> como un principio llamado a su optimización permite prohibir la adopción de M<sub>2</sub> y exigir la adopción de M<sub>1</sub>. Considerando a P<sub>2</sub> como principio es posible afirmar la inconstitucionalidad de M<sub>2</sub> al impedir la máxima realización posible de P<sub>2</sub>. Si no se considerase a P<sub>2</sub> como un principio, daría igual adoptar M<sub>1</sub> o M<sub>2</sub> ya que ambas medidas permiten igualmente la consecución de F. Si no se considerase a P<sub>2</sub> como un mandato de optimización, no sería inconstitucional adoptar M<sub>2</sub><sup>43</sup>.

### C) El juicio de proporcionalidad *strictu sensu*

Para que una medida idónea y necesaria sea proporcionada debe superar aún el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto o sencillamente juicio de ponderación. A través de éste juicio se exige que la medida que restringe un derecho fundamental “se encuentre en una relación adecuada (*angemessenem Verhältnis*) con el peso y la significación del derecho fundamental”<sup>44</sup>. Generalmente se admite que se está frente a una *relación adecuada* o *razonable* cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y las desventajas o los costos que conlleva adoptar la medida restrictiva de un derecho fundamental. Definida la *relación razonable* como una *relación de equilibrio* se podrá llegar a admitir que a mayor beneficio se permitirá una mayor *restricción* del derecho constitucional. Este es, en buena cuenta, el contenido de la Ley de ponderación de Alexy que dice: “[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>45</sup>; ley que se aplicará a través de los siguientes tres pasos: “[e]n el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia en la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o no satisfacción del otro”<sup>46</sup>. La medida de los grados de no satisfacción, o de

<sup>39</sup> EXP. N.º 0050–2004–AI/TC, citado, F. J. 109.

<sup>40</sup> BVerfGE 30, 292 (316).

<sup>41</sup> BVerfGE 19, 342 (351).

<sup>42</sup> STC 55/1996, citada, F. J. 8.

<sup>43</sup> Para Alexy “[l]os subprincipios de idoneidad y necesidad se originan a partir del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades fácticas. Dichos subprincipios expresan la idea del óptimo de Pareto”. ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre...*, ob. cit. p. 103.

<sup>44</sup> BVerfGE 67, 157 (173).

<sup>45</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los...*, ob. cit., p. 161.

<sup>46</sup> ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 2004, p. 49.

importancia, se definirán según “un modelo triádico o de tres rangos. Los tres rangos pueden designarse con las expresiones ‘leve’, ‘medio’ y ‘grave’ ”<sup>47</sup>.

La vinculación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto con la concepción de los derechos fundamentales como principios queda manifestada cuando, empleando la nomenclatura empleada hasta ahora, se constata que precisamente por considerarse que  $P_1$  como  $P_2$  son principios, es decir, que son mandatos de optimización, la medida  $M_1$  debe al menos generar un beneficio a  $P_1$  de la misma importancia que el perjuicio que cause a  $P_2$ . Es decir, no sería posible hacer prevalecer una optimización de uno por sobre la del otro sin antes haber sopesado con cual de los dos mandatos de optimización se generan más beneficios y menos perjuicios para los derechos fundamentales en juego. Si no fuesen considerados como principios, la adopción de  $M_1$  se produciría al margen de la justificación del grado de restricción o perjuicio que pueda sufrir  $P_2$ <sup>48</sup>.

Asumiendo que en las circunstancias del caso concreto (C) la adopción de  $M_1$  supondrá una relación razonable entre los beneficios a  $P_1$  y las desventajas a  $P_2$ ,  $M_1$  será proporcionada. Esta medida será constitucional y la lesión, sacrificio o restricción que pueda suponer sobre  $P_2$  está constitucionalmente justificada. Esto significará que  $P_1$  es el derecho fundamental victorioso, y  $P_2$  el derecho fundamental derrotado. De modo que frente a la cuestión decisiva de determinar “bajo cuales condiciones cuál principio tiene precedencia y cuál debe ceder”<sup>49</sup>, la respuesta es que  $P_1$  precede a  $P_2$  en las circunstancias del caso concreto: ( $P_1$  P  $P_2$ ) C.

Tomando en consideración el caso Lebach resuelto por el Tribunal Constitucional alemán, puede asumirse que  $P_1$  es el derecho a la libertad de información de la *Zweites Deutsches Fernsehen* (ZDF) para emitir un documental sobre el crimen en Lebach titulado “*Der Soldatenmord von Lebach*”;  $P_2$  la protección de la personalidad de uno de los condenados por el crimen en Lebach a punto de salir de la cárcel y cuya fotografía aparecía en el documental;  $M_1$  la prohibición de emitir el documental; y C las circunstancias del caso: el documental se trataba de una información televisiva repetida, que no cubría un interés informativo actual sobre un grave hecho delictivo, y que ponía en peligro la resocialización del autor<sup>50</sup>.

En estas circunstancias, como finalmente lo declaró el Tribunal Constitucional alemán, la emisión del reportaje era prohibida desde una perspectiva constitucional. Significaba esto, que la medida de prohibir su emisión era constitucional. Siguiendo la nomenclatura propia de la teoría de los derechos fundamentales como principios se pueden realizar las siguientes dos afirmaciones. Primera, que en este caso concreto el derecho fundamental a la protección de la personalidad del condenado por el crimen en Lebach precede al derecho a la libertad de información de la ZDF, de modo que ( $P_2$  P  $P_1$ ) C. El derecho a la protección de la personalidad del condenado tiene un mayor peso específico en las condiciones del caso concreto; mientras que en esas mismas condiciones, el derecho de ZDF es de menor peso. Segunda, que ZDF tenía *prima facie* el derecho fundamental a emitir el reportaje televisivo; y que el condenado a punto de ser liberado tenía *prima facie*

<sup>47</sup> Idem, p. 60.

<sup>48</sup> Según Alexy, “[l]a máxima de *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades *jurídicas*”. ALEXY, Robert, *Teoría de los...*, ob. cit., p. 112.

<sup>49</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los...*, ob. cit., p. 93.

<sup>50</sup> BVerfGE 35, 202 (237).



el derecho a que no se emita el mencionado reportaje porque así lo exigía su derecho fundamental a la protección de la personalidad. Aplicado el principio de proporcionalidad se obtiene que ZDF *definitivamente* no tiene el derecho fundamental a emitir el reportaje televisivo, y que el condenado a ser liberado tiene *definitivamente* el derecho fundamental a que no se emita el programa televisivo como contenido de su derecho fundamental a la protección de la personalidad<sup>51</sup>.

#### IV. INTERROGANTES QUE GENERA LA RESTRICCIÓN Y SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como se acaba de poner de manifiesto, proponer que el contenido constitucional de un derecho fundamental pueda ser *suspendido* o *restringido* en un régimen de excepción, supone una determinada concepción tanto de la estructura de los derechos fundamentales, como de la determinación del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. En una aplicación estricta de las teorías relativas, se obtenía una justificación de la *suspensión* de los derechos fundamentales dentro de un régimen de excepción; mientras que en aplicación de las teorías absolutas se justificaba las *restricciones* de los derechos constitucionales en los referidos regímenes de excepcionalidad. En la medida que es posible hablar de derechos fundamentales de mayor peso cuya plena realización ha de ser preferida a la de otro derecho fundamental contrapuesto y de menor peso, es posible hablar de lesiones y sacrificios precisamente del derecho preterido, ya sean totales (la *suspensión* del derecho que puede llegar a justificar la teoría relativa a través del principio de proporcionalidad), como parciales (la *restricción* del derecho en su supuesto contenido no esencial que llega a justificar la teoría absoluta). Sin embargo, este modo de ver las cosas no está exenta de graves incoherencias cuando no de serias deficiencias, como las que a continuación se tratan.

##### 1. Primera cuestión: La inexistencia de contenidos *prima facie*

###### A) Planteamiento de la cuestión

La primera cuestión que se ha de plantear e intentar resolver tiene que ver con el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. La pregunta a este respecto es la siguiente: ¿realmente existe o no lo que se ha dado en denominar contenido *prima facie* o ámbito de protección inicial del derecho fundamental? Desde la teoría de los derechos fundamentales entendidos como principios, todo derecho fundamental tendría inicialmente un contenido *prima facie* y posteriormente un contenido definitivo. El contenido inicial del derecho fundamental tendría un alcance tan amplio que lo acercaría prácticamente a lo ilimitado. Ese contenido *prima facie* vendría constituido por todas las normas y posiciones iusfundamentales semánticamente posibles de entrar en la generalidad y amplitud de los términos en los que se redacta el precepto que recoge el derecho fundamental.

Todas las acciones que desde una perspectiva literal cayesen dentro de la semántica de los términos en los que se redacta el precepto constitucional que reconoce un derecho fundamental, deberán ser incluidas como ámbito de protección *prima facie* del referido derecho. Así, por ejemplo, reconocido constitucionalmente el derecho fundamental a la libertad de información en el artículo 5.1 LF, o en el artículo 20.1.a CE o en el artículo 2.4

<sup>51</sup> En los conflictos que se plantean de considerar los derechos fundamentales como principios, siempre el resultado será la prevalencia de un derecho y el sacrificio del otro. Dentro de esta concepción, no es posible una “armonización de ambos (...) que procurase la más liviana lesión de ambos”. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y...*, ob. cit., p. 192.

CP, cualquiera de estos dispositivos estaría reconociendo un derecho fundamental con un contenido tal que otorga protección *prima facie* a todo tipo de informaciones sencillamente por se catalogadas como informaciones. Así, se protegería *prima facie* la divulgación de todo mensaje compuesto por hechos y juicios de valor cualquiera fuese su contenido y el concreto contexto en el que se emita. Pero, es ¿verdad que inicialmente los dispositivos constitucionales mencionados otorgan *prima facie* a sus titulares una protección sobre todas las informaciones que emitan?

#### B) Respuesta a la cuestión

Si la respuesta a la pregunta antes planteada es afirmativa, habría que admitir –por ejemplo– que en el caso Lebach la ZDF inicialmente sí tuvo derecho a emitir el reportaje televisivo sobre el crimen en Lebach, aunque “en conjunto es un reportaje televisivo repetido, que no sirve al actual interés informativo sobre una grave conducta delictiva en todo caso inadmisibles, si el reportaje pone en riesgo la resocialización del autor”<sup>52</sup>. De igual forma, se tendría que admitir que *prima facie* el Boletín “Claridad” tenía el derecho fundamental a emitir una información en la que se afirmaba “la comisión de unos hechos –llevarse dinero e incurrir en dejación de funciones– (...) que resultaron no ser ciertos”<sup>53</sup>. Y, por citar un ejemplo más, la conductora y el productor de un programa televisivo estuvieron asistidos *prima facie* por la libertad de información para emitir un reportaje en el cual para demostrar una supuesta red de prostitución clandestina en el *vedettismo nacional*, se mostró “a una bailarina, como era la querellante, justamente manteniendo relaciones sexuales sin autorización legal para hacerlo. (...) En el vídeo presentado, se observa con claridad cómo la querellante se desnuda –sin saberlo– frente a la cámara, y son vistas sus partes más íntimas (zonas pudendas), sin que se busque evitar tal hecho. Las únicas imágenes cubiertas (a través de un cuadrado negro en la pantalla) fueron las del rostro de la persona que mantuvo relaciones con la querellante”<sup>54</sup>.

Bien rápido, sin embargo, puede advertirse que no es posible interpretar el artículo 5.1 LF, el artículo 20.1.a CE, o el artículo 2.4 CP de modo que *prima facie* den cobertura constitucional a cualquier tipo de información. Es decir, e incluso sin necesidad de tener un caso concreto respecto del cual plantear y solucionar la cuestión, se advierte rápidamente que los mencionados dispositivos constitucionales no dan protección jurídica –por ejemplo– a la emisión de mensajes que contienen insultos agravantes al honor de una persona, o que contiene la irresponsable afirmación de hechos no veraces, o que contienen imágenes que ponen al descubierto la intimidad corporal de una persona sin su consentimiento o, incluso, de mensajes que revelen secretos de Estado que pongan en riesgo la seguridad nacional. No es verdad que *prima facie* se tuvo inicialmente el derecho a emitir una información insultante y que después *definitivamente* no se tuvo ese derecho; tampoco es verdad que *prima facie* se tuvo el derecho a difundir un secreto de Estado pero que posteriormente y *definitivamente* no se tuvo el derecho. En los tres casos jurisprudenciales mencionados, en ningún momento se tuvo derecho a emitir un programa televisivo o publicar una información con las características ahí mencionadas.

En realidad, nunca se tuvo el derecho a hacerlo porque desde un primer momento y desde la norma constitucional misma, en ningún momento formó parte del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de información la facultad de difundir

<sup>52</sup> BVerfGE 35, 202 (237).

<sup>53</sup> STC 266/2005, del 24 de octubre, F. J. 5.

<sup>54</sup> EXP. N.º 6712–2005–PHC/TC, del 17 de octubre de 2005, F. J. 47.



mensajes que agrediesen el honor, o la intimidad, o que colocasen al Estado en situación de inseguridad pública. Y es que, nunca pudo nacer el pretendido contenido constitucional *prima facie* de un derecho fundamental al margen de los restantes derechos y bienes jurídicos reconocidos también constitucionalmente. El pretendido contenido *prima facie* de un derecho fundamental, de esta manera, se convierte en una mera expectativa o apariencia de derecho, pero no en derecho exigible y garantizable constitucionalmente. Como tal apariencia es una irrealidad que lo acerca a una ficción que nace en algún punto en el camino entre la interpretación literal y al menos la interpretación sistemática y la teleológica de la norma constitucional. El pretendido contenido *prima facie* es un producto inacabado de la interpretación de un derecho fundamental y, por ello, una categoría inoperativa en la práctica jurídica y judicial.

Se podría contestar a esto diciendo que su no consideración en la interpretación iusfundamental, sencillamente llevaría a ignorar la real contraposición de las normas iusfundamentales en una Constitución, con la consecuente decantación arbitraria y, por ello, sin argumentación válida, por una de las dos normas iusfundamentales en el caso concreto. No es este el momento de responder a esta posible objeción, sino que ella se abordará más adelante cuando se plantee una interpretación alternativa a la que ofrecen las teorías absolutas y relativas. Lo que sí se pondrá de manifiesto ahora es que una construcción dogmática con base en la existencia de un ámbito de protección *prima facie* del derecho fundamental se enfrenta a serias dificultades, al menos a las dos siguientes. Primera, no se puede afirmar que, ocurridas las circunstancias que definen un caso concreto, primero se tiene el derecho y que después no se tiene el mismo derecho sin que adicionalmente haya ocurrido nada para el cambio de la atribución iusfundamental. Ocurridas las circunstancias del caso concreto, el derecho y la posición iusfundamental se tiene o no se tiene. Si *prima facie* se tiene, pero definitivamente no se tiene, significa sencillamente que nunca se tuvo. La segunda es que admitiendo que el derecho inicialmente se tuvo pero que realmente no se tiene, no existe argumento ninguno que deje tranquilo y convencido al titular del derecho que correspondiéndole algo, ese algo que le correspondería no se le otorga, sino que por el contrario, deberá admitir el sacrificio de su derecho a efectos de que otro derecho –supuestamente– más importante y de mayor peso en el caso, deba ser privilegiado. La única sensación que en este contexto se puede generar en el titular *prima facie* de la posición iusfundamental es que no tuvo realmente en ningún momento el derecho que *prima facie* se le atribuía.

## 2. Segunda objeción: el Poder público como limitador de derechos fundamentales

### A) Planteamiento general de la objeción

Si bien el llamado ámbito de protección inicial o *prima facie* de un derecho fundamental no existe, con el sólo propósito de poner de manifiesto una segunda deficiencia en la manera de entender los derechos fundamentales como realidades que se expanden y que chocan, se asumirá que la pretendida categoría sí existe. Esta segunda deficiencia puede formularse de la siguiente manera: no se entiende como puede habilitarse al legislador (y en general al poder político) para *limitar, restringir o sacrificar* 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). El *sacrificio o restricción*, como se recordará, recaerá sobre el pretendido ámbito de protección *prima facie* del derecho. El conflicto entre dos derechos fundamentales que se optimizan se resuelve a través de la ponderación de derechos, y el resultado de ésta es una relación de precedencia de un principio (o derecho) sobre el otro dentro de unas concretas circunstancias. Esto quiere decir, siguiendo este razonamiento,

que la protección *prima facie* del derecho vencedor, es la que resulta constitucionalmente protegida, en desmedro del ámbito de protección *prima facie* del derecho vencido, el cual es –en el caso concreto– *restringido* o *sacrificado*.

Pues bien, cuando el poder político (Legislativo, Ejecutivo o Judicial) *restringe* o *sacrifica* el contenido *prima facie* de los derechos fundamentales, en buena cuenta está *limitando*, *restringiendo* y *sacrificando* la Constitución. Entonces, ¿el poder político (Legislativo, Judicial y Ejecutivo) limita la Constitución cuando limita el ámbito *prima facie* de los derechos fundamentales? Si se aprecia un poco más se puede advertir que la única manera de dar respuesta afirmativa a esta pregunta es afirmando que el ámbito de protección *prima facie* de los derechos fundamentales es realmente parte del contenido constitucional del derecho fundamental. De esta forma, la pregunta anterior se desplaza hacia esta otra: ¿cuál es la calidad del pretendido ámbito de protección *prima facie* de los derechos fundamentales?

#### B) *El ámbito prima facie es contenido constitucional del derecho fundamental*

La pregunta planteada sólo admite tres posibles respuestas: primera, que el pretendido ámbito de protección *prima facie* es contenido constitucional del derecho fundamental; segunda, que es contenido *supra* o *meta* constitucional; y tercero, que es un contenido *infra* constitucional. De estas tres posibles respuestas sólo es correcta la consideración como contenido constitucional del derecho fundamental. El contenido *prima facie* sólo puede tener la categoría de contenido constitucional desde el momento en que se admite que puede resultar *limitado*, *restringido* o *sacrificado* sólo cuando sea necesario para permitir el ejercicio (del contenido *prima facie* convertido luego a través de la ponderación en contenido constitucional definitivo) de otro derecho o bien jurídico fundamental. La *limitación*, *restricción* o *sacrificio* del contenido *prima facie* del derecho fundamental derrotado a través de la ponderación, no sería posible si el pretendido contenido *prima facie* fuese un contenido *supra* constitucional o *infra* constitucional. En el primer caso los contenidos *prima facie* siempre terminarían imponiéndose a los demás derechos fundamentales o bienes constitucionales que se le opongan, y en el segundo caso nunca habría la posibilidad de que un contenido *prima facie* prevaleciese sobre los demás derechos y bienes constitucionales que se le oponen. En uno y otro caso el resultado se obtendría sin necesidad de realizar juicio ponderativo alguno, porque éste es posible sólo frente a entidades de un mismo rango. Si no hubiese nada que ponderar, las controversias se solucionarían con la simple aplicación del derecho jerárquicamente superior.

Admitido que el pretendido contenido *prima facie* de un derecho fundamental es en definitiva contenido constitucional del derecho fundamental, entonces cuando se afirma que el Legislador –por ejemplo– puede *limitar*, *restringir* o *sacrificar* el ámbito de protección inicial o *prima facie* de un derecho fundamental, lo que se está afirmando en definitiva es que el Legislador puede *limitar*, *restringir* o *sacrificar* la Constitución. Es aquí, entonces, donde se llega a configurar la incoherencia que interesa resaltar ahora: ¿no es acaso la Constitución un límite al poder político? ¿Cómo el destinatario del límite puede terminar creando un límite al límite? Si se permitiese esto, ¿no se estaría desnaturalizando al límite?



La finalidad de la norma constitucional es la de limitar el poder público<sup>55</sup>, finalidad que se consigue a través del reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. Por eso no se entiende cómo el Legislador, el Ejecutivo y el Judicial, en tanto que confortantes del poder político, puedan tener atribuida la facultad de *restringir* o *sacrificar* el contenido constitucional de un derecho fundamental, cuando en estricto esa atribución significará que el poder político podrá *restringir* o *sacrificar* aquello que constitucionalmente se ha previsto como un límite al ejercicio de su cuota de poder público. O la Constitución –y los derechos fundamentales ahí recogidos– es un límite efectivo al ejercicio del poder político y, por tanto, los referidos derechos no pueden *sacrificarse* o *restringirse* ni totalmente (suspensión de derechos) ni parcialmente (restricción de derechos); o deja de considerarse a la Constitución y a los derechos ahí recogidos como un límite efectivo al ejercicio poder y, por tanto, éste puede *sacrificar* o *restringir* a los derechos fundamentales. Por lo tanto, desde la concepción clásica de la Constitución como límite al poder político, ya sea positivamente exigiéndole que actúe en beneficio de la plena vigencia de los derechos fundamentales, ya sea negativamente obligándole a que se abstenga de actuar en contra del contenido constitucional de los derechos fundamentales, no es posible hablar de *suspensión* o *restricción* de los derechos fundamentales.

### C) El principio de normatividad constitucional

Lo hasta aquí señalado respecto de esta segunda objeción, pone de manifiesto una incoherencia más a la pretendida consideración de los derechos fundamentales como realidades con vocación de expansión ilimitada, de modo que requieren de restricciones para su efectivo ejercicio. Me refiero al principio de normatividad constitucional<sup>56</sup>. Según este principio, la Constitución (los distintos dispositivos que conforman la Constitución) no es una mera declaración retórica, o una mera cláusula hueca sin vinculación ni efecto jurídico alguno, por el contrario es una realidad que vincula inexcusablemente a sus destinatarios, en particular al poder político. Esto significa que el poder político debe cumplir con lo que en la Constitución se ha dispuesto. A ella está vinculada y se sancionan los actos (normativos y no normativos) del poder como actos nulos por inconstitucionales<sup>57</sup>.

Pues bien, este principio es dejado a un lado cuando desde las teorías absolutas o desde las relativas y desde la teoría externa, se propone la posibilidad de *suspender* o *limitar* el contenido constitucional de un derecho fundamental. En particular, no hay modo de hacer concordar por un lado el principio de normatividad constitucional con la concepción de los derechos fundamentales como principios. La imposibilidad de concordancia se debe a los siguientes dos elementos: primero, desde la posibilidad de restringir o sacrificar el contenido constitucional de los derechos fundamentales; y segundo, desde la concepción del principio como mandato de optimización.

En lo que respecta al primero, si se permite limitar el contenido constitucional de un derecho fundamental –aún en su supuesta parte no esencial, o en su significación *prima*

<sup>55</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2<sup>o</sup> edición, 4<sup>o</sup> reimpresión, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, ARIEL S.A., Barcelona, 1986, p. 149.

<sup>56</sup> CASTILLO CÓRDOVA, “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 12, 2006, ps. 885–891.

<sup>57</sup> En palabras del Tribunal Constitucional peruano, la fuerza normativa de la Constitución exige que “[l]a interpretación constitucional debe encontrarse orientada a revelar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”. EXP. N.º 5854–2005–PA/TC, del 8 de noviembre de 2005, F. J. 12.e.

*facie*–, se está permitiendo limitar la Constitución. La Constitución sería normativa sólo en una parte, en la correspondiente al supuesto *núcleo duro* de los derechos fundamentales, y habría dejado de ser normativa en la supuesta parte no esencial o en su contenido *prima facie*. 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 el legislador *limite, restrinja y sacrifique* el contenido constitucional del derecho y, por tanto, a la Constitución misma. A esta misma conclusión es posible llegar desde el segundo elemento. Sí, como se ha dicho, los derechos fundamentales pueden ser considerados como principios, y los principios han de ser definidos como mandatos de optimización, y la optimización se entiende como la adscripción *prima facie* de un determinado contenido al derecho fundamental, y este contenido inicial es un contenido con vocación de expansión ilimitada, entonces, cuando se ponderan los contenidos *prima facie* de dos derechos fundamentales, y se obtiene una relación de precedencia condicionada optimizándose el contenido del derecho fundamental vencedor a costa de la represión del contenido del derecho fundamental vencido, se vulnera la Constitución porque –según este razonamiento– ella al reconocer como derechos fundamentales a ambos, ha dispuesto con ello la optimización de ambos derechos y no sólo el de uno<sup>58</sup>.

Podría contestarse a esto diciendo que la optimización es mandada sólo en la medida que las posibilidades fácticas y jurídicas lo permitan, y que el encontrar en las circunstancias concretas dos derechos fundamentales que ordenan conductas opuestas, el derecho de menor peso se encuentra ante la imposibilidad jurídica de optimización, por lo que lo ordenado es la optimización sólo del derecho de más peso. Admitir esto, sin embargo, supondrá admitir también la inutilidad de la consideración de los derechos fundamentales como principios cuyo contenido tiene una vocación de expansión ilimitada. Será inútil porque con una concepción así en buena cuenta se afirma que el contenido constitucional del derecho fundamental a veces será normativo y otras veces no; pero –como se sabe– algo jurídicamente válido o es siempre normativo o no lo es<sup>59</sup>, de modo que cuando lo jurídicamente válido no llega a ser aplicado, no es que haya dejado de ser normativo, sino que no atañía al caso que pretendía regular. Y en realidad, como oportunamente se explicará, es esto lo que acontece con los supuestos contenidos *prima facie* de los supuestos derechos fundamentales derrotados: que realmente nunca regularon la controversia que se pretenden resolver.

Para el caso de los regímenes constitucionales de excepción, podrá argumentarse que el principio de normatividad no desfallece al momento en que, en estricto cumplimiento del mandato constitucional, se implanta –empleando la terminología del constituyente peruano– un estado de emergencia o un estado de sitio, con las consecuencias de *suspensión* o *restricción* de los derechos fundamentales. Sin embargo, esta réplica es posible contestar desde el principio de unidad de la Constitución.

---

<sup>58</sup> Anuario

<sup>59</sup> Algo normativo puede dejar de serlo cuando prevé una excepción a su cumplimiento y la excepción se cumple. Pero este es el caso de las reglas, más no de los principios. Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los...*, ob. cit., ps. 88–89.



### 3. Tercera objeción: el principio de unidad de la Constitución

#### A) Una posible respuesta a la segunda objeción

Para el caso de los regímenes de excepción, podría argumentarse que las presentadas objeciones referidas a la Constitución tanto como límite al poder, como norma efectivamente vinculante, no son verdaderamente objeciones a lo planteado desde las teorías relativas o absolutas, ya que es la propia Constitución, como la peruana por ejemplo, la que prevé que en situaciones de excepcionalidad determinados derechos puedan ser *suspendidos* o *restringidos*. En la medida que es la propia Constitución la que lo permite, y en la medida que la *suspensión* y *restricción* de los derechos se producirá a través del órgano y procedimiento que la misma Constitución ha establecido, entonces, no se estaría desnaturalizando a la Constitución como límite al poder, ni como realidad efectivamente normativa, sino que se la estaría cumpliendo de modo efectivo. Esta posible respuesta a la segunda objeción a su vez puede ser respondida desde el principio de unidad de la Constitución.

#### B) Significado del principio de unidad de la Constitución

Según el principio de unidad de la Constitución “la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un ‘todo’ armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto”<sup>60</sup>. Esto quiere decir, que a pesar del dato fáctico de que la Constitución es producto de compromisos y pactos no siempre coherentes, hay que interpretar los distintos dispositivos constitucionales de manera que se evite llegar a conclusiones opuestas o contradictorias entre sí<sup>61</sup>. Consecuentemente, este principio exige “no admitir más interpretaciones de cada disposición constitucional que aquellas que resultan compatibles con las restantes disposiciones”<sup>62</sup>. Este principio es vital para la aplicación y vigencia efectiva de la Constitución, pues si se partiese del hecho de que una norma dispone contenidos contradictorios, entonces, sencillamente debe admitirse también su inviabilidad jurídica. Ninguna norma con una mínima vocación de eficacia puede admitir que se la interprete como si dispusiese contenidos jurídicos contradictorios e irreconciliables entre sí. Mucho menos la Constitución porque de todas las normas la que en ningún caso debe ser concebida como una norma no vinculante por ineficaz es precisamente ella por ser la norma suprema, fundamentadora del entero ordenamiento jurídico de una comunidad estatal.

En virtud del principio de normatividad deben interpretarse las distintas disposiciones constitucionales como integrantes de un sistema<sup>63</sup>, de una unidad<sup>64</sup>, de una realidad

<sup>60</sup> EXP. N.º 5033–2006–PA/TC, del 29 de agosto de 2006, F. J. 18.

<sup>61</sup> Para Serna, “[p]uede objetarse que esto implica considerar a la constitución como un sistema, lo cual es falso, dado el carácter pacticio y transaccional que frecuentemente impregna sus orígenes, y las diferentes reformas a que se han visto sometidos los textos constitucionales más antiguos con el paso del tiempo. En efecto, el contenido de la constitución no forma necesariamente un sistema: precisamente la exigencia dogmática a la que aludimos incide en esa idea: es preciso interpretar la constitución *como si fuese un sistema*, no ir más lejos en la interpretación de lo permitido por el texto constitucional”. SERNA, Pedro. *Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información*, Humana Iura, número 4, Pamplona, 1994, ps. 224–225.

<sup>62</sup> SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, La Ley, Buenos Aires 2000, p. 35.

<sup>63</sup> Para el Tribunal Constitucional español la interpretación debe “hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática”. STC 5/1983, del 4 de febrero, F. J. 3.

“esencialmente homogénea, o al menos con principios conciliables”<sup>65</sup>. Como dice el Tribunal Constitucional peruano, “una de las reglas en materia de interpretación constitucional es que el proceso de comprensión de la Norma Suprema deba realizarse conforme a los principios de unidad y de concordancia práctica”<sup>66</sup>. En particular, en lo que respecta a los derechos fundamentales, los distintos dispositivos constitucionales que los reconocen deben ser interpretados “evitando cuidadosamente toda interpretación del derecho fundamental que pudiera convertirlo en contradictorio con otras normas constitucionales o que pudiera vaciar de contenido otros mandatos de la Constitución”<sup>67</sup>. Precisamente porque para su interpretación la Constitución debe ser considerada como una unidad, es posible –y es obligado– que se interpreten sus distintos dispositivos iusfundamentales de una manera sistemática y no aisladamente. De esta forma, el principio de unidad de la Constitución “prohíbe (...) una interpretación aislada de cada derecho fundamental –y de la norma constitucional en que se reconoce– que lo convierta en contradictorio con otras normas constitucionales o que vacíe de contenido a éstas últimas”<sup>68</sup>. Y es que “las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme”<sup>69</sup>.

### C) ¿Vulneración del principio de unidad constitucional?

Afirmada la significación del principio de unidad constitucional y su consecuencia necesaria de interpretación sistemática de las distintas disposiciones iusfundamentales, corresponde preguntarse si este principio es acatado cuando se propone considerar que los derechos fundamentales se expanden ilimitadamente de modo que es necesaria su restricción, según el peso de los derechos fundamentales en conflicto. Hay quien afirma que este modo de entender los derechos fundamentales “no parece representar menoscabo del principio de unidad de la Constitución. Por el contrario, se ofrece como una manera de hacerlo efectivo”<sup>70</sup>. Esta afirmación parte del reconocimiento de que las disposiciones de la Constitución que ostentan fuerza normativa entran en conflicto, y con ellas los derechos fundamentales o bienes constitucionales en ellas reconocidos, de modo que tomarse en serio el principio de unidad de la Constitución significa el reconocimiento de esta colisión, y el reconocimiento que la única salida es “declarar que una de las dos disposiciones

<sup>64</sup> Hesse, al aludir al *principio de unidad de la Constitución*, ha dicho que “[l]a conexión e interdependencia de los individuales elementos de la Constitución fundamenta la necesidad de no sólo ver la norma individual, sino siempre en plena conexión (...); todas las disposiciones constitucionales deben interpretarse de modo que sean evitadas las contradicciones con otras disposiciones constitucionales”. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20 Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 1999, p. 27, Rn. 71.

<sup>65</sup> RÜFNER, Wolfgang. “Grundrechtkonflikte”, am *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Band II, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, p. 453.

<sup>66</sup> EXP. N.º 2209–2002–AA/TC, del 12 de mayo de 2003, F. J. 25.

<sup>67</sup> MARTÍNEZ–PUJALTE, Antonio Luis. “Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, n.º 32, Valencia, 2000, p. 128.

<sup>68</sup> MARTÍNEZ – PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 68.

<sup>69</sup> EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, citado, F. J. 5.

<sup>70</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad ...*, ob. cit. p. 483.



ostenta una prioridad en el supuesto concreto, y que por tanto, la solución del caso debe ser aquella que está prescrita por la norma iusfundamental adscrita a la disposición que prevalece”<sup>71</sup>. De hecho, este modo de entender las cosas supone que “[t]odos los derechos fundamentales son tomados en serio, desde el principio, con un contenido amplio, y bajo el reconocimiento de que normas y sus posiciones *prima facie* pueden entrar en colisión las unas con las otras, pero que después de la aplicación del principio de proporcionalidad, las colisiones quedan resueltas”<sup>72</sup>.

Sin embargo, esta *manera de hacer efectivo el principio de unidad de la Constitución* no está exenta de dificultades. En primer lugar, reconocer que las disposiciones iusfundamentales (y las normas iusfundamentales que de ahí se desprendan, así como las posiciones jurídicas iusfundamentales que de ella se sustenten) entran en conflicto es un dato que se obtiene de la interpretación aislada de las mismas. Si de la disposición iusfundamental recogida en el artículo 5.1 LF se interpretase que existe un contenido *prima facie* por el cual está permitido la emisión del reportaje “Der Soldatenmord von Lebach”, entonces se está interpretando aisladamente el artículo 5.1 LF. Del mismo modo, si se interpretase la disposición iusfundamental recogida en el artículo 2.1 LF como si de ella derivase una norma adscrita *prima facie* que prohibiese la emisión del reportaje “Der Soldatenmord von Lebach”, se estaría también interpretando aisladamente el artículo 2.1 LF. La interpretación aislada de estas dos disposiciones iusfundamentales conduce irremediabilmente a dos resultados contradictorios entre sí: una permite la emisión del reportaje y la otra lo prohíbe. Pues bien, precisamente esto es lo prohibido por la interpretación sistemática de la Constitución exigida por el principio de unidad constitucional: hay que interpretar las disposiciones de la Constitución evitando llegar a interpretaciones contradictorias entre sí. Muy por el contrario, lo exigido por la mencionada interpretación sistemática y unitaria es la consideración conjunta de ambas disposiciones para a partir de ellas dos empezar a determinar lo jurídicamente ordenado por la Constitución.

En segundo lugar, no parece ser verdad que se estén tomando en serio los derechos fundamentales cuando se interpretan las disposiciones iusfundamentales como contradictorias entre sí, de modo que la colisión o contradicción se solucione estableciendo un derecho vencedor y un derecho vencido. Precisamente, si nos tomamos los derechos fundamentales en serio, no pueden existir derechos fundamentales vencidos de ninguna forma. En la lógica de quienes comparten teorías absolutas o relativas de los derechos fundamentales, el derecho vencido tiene que sacrificar su contenido constitucional para permitir el ejercicio del derecho fundamental vencedor. Pero, si fuese posible comunicarnos con los derechos fundamentales vencidos, ¿cómo les explicaríamos que los hemos tomado en serio? Si en serio nos lo hubiésemos tomado no tendría que haber ocurrido su derrota.

En tercer lugar, la interpretación sistemática de las distintas disposiciones iusfundamentales recogidas en una Constitución, no puede dar por resultado la prevalencia de un derecho sobre otro. La interpretación sistemática no sólo exige tomar en consideración los otros dispositivos constitucionales, sino también evitar las interpretaciones contradictorias. Consecuencia necesaria de esta doble exigencia es que el resultado de la interpretación sistemática no puede ser la imposición de un derecho sobre otro. Si hay imposición es que previamente ha habido interpretación contradictoria, vedada justamente por el principio de unidad constitucional, la cual necesariamente

---

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> Idem, p. 484.

deberá desembocar en una interpretación armonizadora. La armonía en la vigencia conjunta de los derechos fundamentales no puede obtenerse a costa de la derrota (sacrificio y restricción del contenido constitucional) de otro derecho fundamental. Dicho con otras palabras, la vigencia armónica de los derechos fundamentales rechaza que un derecho fundamental incluya como contenido constitucional algo rechazado por el contenido constitucional de otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional.

En cuarto lugar, que estamos frente a una interpretación contradictoria de los dispositivos iusfundamentales, queda patente una vez más cuando se repara en que el principio de proporcionalidad en general, y el juicio de ponderación en particular, lo que terminan estableciendo es una jerarquía de derechos fundamentales *ad casum*. Si finalmente un conflicto entre dos realidades se resuelve a través del mecanismo de la jerarquía (no importa si es general, abstracta o específica) es que esas dos realidades son contradictorias, y son además irreconciliables. Aplicado a los derechos fundamentales, si se admite los conflictos entre derechos fundamentales y que el mecanismo de solución es la jerarquía, entonces se ha supuesto que esos derechos fundamentales en conflicto son contradictorios e irreconciliables entre sí.

Una vez más se ha de insistir en que la Constitución no puede ser concebida como un campo de batalla en el que cada vez que deba ser empleada para resolver las controversias que se presentan en las relaciones humanas, empiece una lucha entre las disposiciones iusfundamentales invocadas en la controversia, para saber cual deberá ser optimizada y cual no. Si tomamos en cuenta que debido a su carácter de fundamento del ordenamiento jurídico y a la consecuente constitucionalización del mismo, pronto se cae en la cuenta de que la Constitución –los derechos fundamentales, para ser más precisos–, será invocada constantemente en las distintas controversias jurídicas que se presenten, lo que conduciría a la triste imagen de la Constitución como un hervidero de infinitas luchas entre derechos fundamentales necesitados de victorias a fin de no resultar siendo sencillamente una hueca declaración iusfundamental.

Por lo dicho hasta aquí, es posible afirmar que no se entiende cómo puede quedar el principio de unidad de la Constitución si se permitiese –como lo propone las teorías absolutas o las relativas, o la teoría externa de los límites de los derechos fundamentales– al legislador *limitar* o *suspender* un derecho fundamental para salvar otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucional. Admitir que un derecho constitucional necesita ser *limitado*, *sacrificado* o *restringido* para permitir el ejercicio de otro derecho o bien jurídico también de rango constitucional, sencillamente significará admitir que el contenido constitucional de uno de ellos se contrapone al contenido constitucional del otro. Es decir, significará admitir que los dos derechos fundamentales no pueden tener vigencia conjunta porque ambos disponen facultades irreconciliables. En este contexto, debería admitirse que la Constitución no puede ser interpretada de modo unitario, como si de una unidad sistemática y coherente se tratase, porque se admitiría que ella reconoce un derecho con un contenido que se opone al contenido constitucional de otro derecho o bien jurídico constitucional también recogido en la norma fundamental, al punto que la vigencia de uno de ellos exigiría el sacrificio o postergación del contenido del otro. De modo que si la Constitución ha dispuesto la vigencia de determinados derechos fundamentales, y a la vez ha dispuesto que el poder político no sólo tiene la obligación de no vulnerar los derechos fundamentales, sino de protegerlos y de garantizar su plena vigencia, entonces, los dispositivos que recogen los estados de excepcionalidad no pueden



ser interpretados como si impidiesen la vigencia total (suspensión) o parcial (restricción) del derecho fundamental.

#### 4. Cuarta cuestión: el valor jurídico de la persona humana

La cuarta cuestión que puede plantearse al entendimiento que del contenido constitucional, restringible y sacrificable de los derechos fundamentales se propone tanto desde la teoría absoluta y relativa de los derechos fundamentales está íntimamente relacionada con el valor jurídico de la persona humana. Si, como se argumentará inmediatamente, afirmar que la persona humana tiene la condición de fin y no de medio exige colocar a la plena realización de la persona humana y –consecuentemente– a la plena vigencia de sus derechos fundamentales como el objetivo hacia el que se ha de encaminar toda realidad estatal y social<sup>73</sup>, ¿cómo puede alcanzarse este objetivo y ser respetuoso con el valor finalístico de la persona humana a través de la *suspensión* o *restricción* del contenido constitucional de los derechos fundamentales?

Admitir que los derechos fundamentales tienen un contenido constitucional que en los casos concretos podrá ser *restringido* o *sacrificado*, significa admitir que hay derechos fundamentales que, en los casos concretos, pesan más, valen más, y son más importantes que otros derechos fundamentales. Si a esto se añade que los derechos fundamentales se definen siempre en referencia a la (naturaleza y esencia de la) persona humana, se obtiene como resultado que cuando se jerarquizan derechos fundamentales, en definitiva se termina jerarquizando a las personas titulares de esos derechos jerarquizados<sup>74</sup>. En efecto, jurídicamente la realización de la persona humana se formula a través de la realización de sus derechos como persona humana (los derechos fundamentales) en la medida que detrás de cada derecho humano hay un bien humano que satisface necesidades humanas y permite adquirir mayores grados de perfeccionamiento humano.

Y es que no es posible formular por un lado que todas las personas humanas y, con ella todos sus derechos fundamentales son un fin y no un medio, y admitir a la vez que la consecución del fin se obtendrá concibiendo a algunas personas y, con ellas a sus respectivos derechos fundamentales, como un medio para la realización de las otras personas. De modo general, admitido que la razón de ser de la existencia del Estado –y, por tanto, del poder político– es fomentar la plena vigencia de los derechos fundamentales, al punto que éstos se han convertido en *el fundamento del orden político y de la paz social* (artículo 10.1 CE) y en *componentes estructurales básicos del orden jurídico objetivo*<sup>75</sup>, parece ser una incoherencia –por decirlo suavemente– pretender conseguir la plena vigencia de los derechos fundamentales precisamente *restringiendo* o *suspendiendo* derechos fundamentales.

Haciendo una referencia directa a los regímenes de excepcionalidad, no parece ser posible admitir que siendo la persona y sus derechos fundamentales el fin, frente a una situación de urgencia sea posible ignorarle esta condición y concebir a la persona como un medio

---

<sup>73</sup> Así, los derechos fundamentales pueden definirse como el “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 46.

<sup>74</sup> Bien se ha dicho cuando se ha escrito que “la solución del conflicto por la vía de desconocer o sacrificar determinados derechos frente a otros acaba suponiendo una verdadera jerarquización de los individuos concretos implicados en el caso”. SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional...*, ob. cit. p. 96.

<sup>75</sup> STC 53/1985, del 11 de abril, F. J. 4.

para salvar los bienes jurídicos constitucionales que se persiguen con el régimen excepcional. Posible, más bien parece ser que –como se argumentará más adelante– las personas no tienen el derecho de ejercer sus derechos de forma que pongan en riesgo otros derechos fundamentales o los bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente, como puede ser el de seguridad nacional, por ejemplo.

## V. NECESIDAD DE UN NUEVO ENTENDIMIENTO

### 1. Planteamiento de la cuestión

Todos estos cuestionamientos, como se puede advertir, no son más que manifestaciones claras de un entendimiento al menos incoherente cuando no contradictorio de quienes proponen admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos o sacrificados en su contenido constitucional. Estas falencias terminan convirtiendo en un desacierto asumir cualquiera de las propuestas que se formulan desde teorías como las absolutas y las relativas. Una consecuencia necesaria que se obtiene de desechar los postulados de estas teorías, es rechazar que los derechos fundamentales puedan realmente *suspenderse* o *restringirse* en general y en particular en un régimen de excepción. Advertidos estos cuestionamientos se hace necesario preguntarse por la posibilidad de un nuevo criterio hermenéutico que no sólo permita mantener vigente el concepto de Constitución como norma que vincula positiva y negativamente al poder político, sino también que evite las contradicciones puestas de manifiesto anteriormente. Se hace necesario un nuevo entendimiento del significado y valor de los derechos fundamentales en general y, en particular, un nuevo entendimiento de su vigencia en las situaciones de excepcionalidad, que es lo que ahora se intentará formular.

### 2. La posición jurídica de la persona humana como punto de partida del nuevo entendimiento

Únicamente se entiende la realidad estatal y la realidad social en la medida que su existencia y actuación va dirigida a posibilitar el pleno desarrollo de la persona humana que, por propia naturaleza, tiene una dimensión social. La sociedad y el Estado son dos realidades que existen sólo en función de favorecer el pleno desarrollo de todas las personas humanas. Esto ha sido asumido con tal claridad por el constituyente peruano que lo ha expresado así nada más empezar el texto constitucional: “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1 CP)<sup>76</sup>. Esta claridad, como no podía ser de otro modo, la tiene expresada también el Máximo intérprete de la Constitución peruana, cuando ha manifestado que se “debe considerar a la persona humana como el *prius* ético y lógico del Estado social y democrático de derecho”<sup>77</sup>, debido a que “está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla”<sup>78</sup>, lo que exige que “su defensa constituya el fin supremo

<sup>76</sup> Rubio Correa ha criticado el artículo 1 CP, cuando escribe que “[l]a fórmula que utiliza la Constitución de 1993 es imperfecta desde el punto de vista de su expresión porque gramaticalmente dice que los fines supremos de la sociedad y del Estado son la defensa y el respeto a la dignidad de la persona. Se equivoca porque ambas son tareas o responsabilidades y no pueden ser fines en sí mismos”. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución política de 1993*, T-I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, ps. 110–111.

<sup>77</sup> EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, F. J. 5.

<sup>78</sup> EXP. N.º 2016–2004–AA/TC, del 5 de octubre de 2004, F. J. 26.



que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general”<sup>79</sup>. Así, el valor jurídico de la persona humana, es decir, su dignidad, es la consideración de fin del Estado y de la Sociedad. Esta dignidad se convierte en “el principio constitucional superior que informa el entero ordenamiento constitucional y legal”<sup>80</sup>, y sobre la cual “se ha de orientar la entera actividad estatal, ya que la persona siempre será la finalidad del comportamiento estatal y nunca un medio, es el Estado para la persona y no la persona para el Estado”<sup>81</sup>. Como ha expresado el Tribunal Constitucional alemán, “al ser humano le corresponde en la comunidad un derecho a ser considerado y respetado; por ello lesiona la dignidad humana reducirlo a mero objeto del Estado”<sup>82</sup>.

La persona humana, que es una realidad que puede ser definida desde un plano filosófico o antropológico, tiene una clara definición jurídica: sus derechos fundamentales. Jurídicamente, la persona humana es sus derechos fundamentales, en la medida que estos pueden definirse como la traducción jurídica de una serie de exigencias, necesidades y características de la naturaleza humana<sup>83</sup>. La dignidad humana y el consecuente pleno desarrollo de la persona tienen una serie de exigencias que, puestas en lenguaje jurídico dan como resultado los derechos fundamentales<sup>84</sup>. Así, afirmar que la persona humana es el fin, significará admitir que los derechos humanos o fundamentales son el fin. El Estado y la sociedad son los medios que se encuentran al servicio de la consecución del fin: la plena vigencia de los derechos fundamentales, en la medida que ello significa favorecer el pleno desarrollo de la persona humana<sup>85</sup>.

### 3. Formulación del nuevo entendimiento

#### A) Formulación general de la reformulación

El nuevo entendimiento que se intenta formular ahora no sólo tiene como elemento la consideración como fin de la persona humana y de sus derechos inherentes, sino que se

<sup>79</sup> EXP. N.º 0050-2004-AI/TC, citado, F. J. 46.

<sup>80</sup> MAURER, Hartmut. *Staatsrecht*, Verlag C. H. Beck, München 1999, Rn 4, p. 257.

<sup>81</sup> BLECKMAN, Albert. *Staatsrecht II – Die grundrechte*, 4. Auflage, Karl Heymanns, Berlín, 1997, Rn 1, p. 539.

<sup>82</sup> BverfGE 50, 166 (175).

<sup>83</sup> Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3º edición, Palestra, Lima 2007, primer capítulo.

<sup>84</sup> Como bien se ha dicho, “[l]os derechos fundamentales deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana”. HESSE, Konrad. “Significado de los Derechos fundamentales”, en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HIÉDE (Eds), *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid 2001, p. 89.

<sup>85</sup> Los derechos fundamentales al colocarse en la cima de toda realidad social o política, adquiere una especial significación que ha sido reconocida tanto a nivel internacional como en el nacional de los distintos ordenamientos jurídicos. En el ámbito internacional, por ejemplo, se tiene mencionado en el primer considerando del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos del Hombre que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Igualmente, en el tercer considerando de la conocida como Convención de Roma se ha manifestado que “la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión mas estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”, para inmediatamente después reafirmar (los Estados miembros del Consejo de Europa) “su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan”.

conforma con un elemento adicional referido a lo que abarca el derecho fundamental, es decir, referido a su contenido constitucional. Esta reformulación se plantearía en los siguientes términos: 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.

B) El contenido constitucional del derecho fundamental es único y vincula de modo fuerte al Poder político

En efecto, como primer paso en la reformulación 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 la vez un “contenido no esencial” el cual no vincularía a sus destinatarios, tal y como lo propone las teorías absolutas. El contenido constitucional de los derechos fundamentales 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<sup>86</sup>. En los casos en los que se invoca la violación de un derecho fundamental, la pregunta acertada no es cual parte del contenido constitucional del derecho es exigible por normativa, o dicho con otras palabras, por dónde pasa la línea que divide el contenido esencial absoluto (no restringible) del no esencial relativo (restringible) del derecho fundamental; sino que la pregunta correcta es ¿cuál es el contenido constitucional del derecho fundamental?

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>87</sup>. Pero, cabría preguntar, ¿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 suspensiones, restricciones o sacrificios (lesiones en definitiva) a ningún derecho fundamental. 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 restringirlos o suspenderlos para conseguir la satisfacción de otro derecho o bien constitucional.

<sup>86</sup> DE OTTO, Ignacio. “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 161. También SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional...*, ob. cit., p. 47.

<sup>87</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Boletín Oficial del Estado, Madrid 2000, p. 442. La cursiva es añadida.



C) El contenido constitucional del derecho fundamental se delimita, no se limita

A los derechos fundamentales, mejor dicho a su contenido, *no se les puede limitar*, pero *sin que esto signifique que sean ilimitados*. Los derechos fundamentales son ontológicamente realidades limitadas por lo que no nacen con vocación de expansión ilimitada (afirmación que consciente o inconscientemente subyace a las teorías absolutas y relativas), sino que nacen con un alcance jurídico limitado. Los derechos fundamentales sólo abarcan una esfera jurídica limitada, de modo que el derecho faculta a su titular a la realización de determinados actos, no a todos<sup>88</sup>. 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>89</sup>. El Legislador está llamado a actuar como determinador de los derechos fundamentales, de modo que “ni ‘limita’, ‘restringe’ ni ‘interviene’ en los derechos fundamentales”<sup>90</sup>. Es decir, “están 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>91</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 carácter limitado del 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 del derecho<sup>92</sup>.

D) El contenido del derecho fundamental empieza a delimitarse desde la norma constitucional

Una pauta hermenéutica más a tener en consideración es que el contenido constitucional de un derecho fundamental empieza a formularse desde la norma constitucional misma. 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

<sup>88</sup> De ahí que no sea del todo acertada la tan difundida expresión que “mis derechos terminan donde empiezan los derechos de los demás” para referirla de los derechos constitucionales, pues para estos derechos es más preciso afirmar que “mis derechos terminan donde terminan”, es decir, “mis derechos llegan hasta donde sus límites internos lo permitan”. Por lo demás “si mis derechos terminan donde empiezan los derechos de los otros” los otros se convierten en mis enemigos, a los que he de procurar anular para el despliegue de mi libertad.

<sup>89</sup> CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona 2000, p. 250.

<sup>90</sup> HÄBERLE, Peter, *Die Wesengehaltsgarantie...*, cit., ps. 222–223.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> 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 desde fuera del derecho mismo (por el legislador, por ejemplo). 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.

contra del texto fundamental”<sup>93</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>94</sup>. Quien se enfrente a la labor de delimitar el contenido del derecho en un caso concreto deberá partir de la Constitución, lo cual tiene una doble significación. Primero, significa que hay que fijarse en el concreto dispositivo constitucional que recoge el derecho fundamental cuyo contenido se intenta determinar; segundo, significa que el operador jurídico deberá tomar en consideración todas las demás disposiciones constitucionales relacionadas con el precepto que recoge el derecho examinado, con base en una interpretación unitaria y sistemática del texto constitucional<sup>95</sup>.

E) La delimitación del contenido constitucional del derecho fundamental exige acudir a su finalidad

Pero no sólo una interpretación con base a un criterio formal y a un criterio sistemático es necesaria para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales, sino que habrá que apelar a uno más: al criterio teleológico. Es necesario 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<sup>96</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: “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”<sup>97</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

<sup>93</sup> TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de derecho constitucional español 1*, 4ª edición, Atomo ediciones, Madrid, 1998, p. 224.

<sup>94</sup> DE OTTO Y PARDO, Ignacio. “La regulación...”, cit., p. 142.

<sup>95</sup> En el caso peruano, adicionalmente, es de relevancia especial tomar en consideración lo dispuesto en la ya mencionada IV Disposición final y transitoria de la Constitución. Según esta disposición constitucional cada vez que se intente 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. Y, complementariamente, a lo que los Tribunales internacionales hayan interpretado sobre la norma internacional. CARPIO, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima 2004, ps. 21–25.

<sup>96</sup> 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”. MARTÍNEZ–PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del...*, cit., p. 69.

<sup>97</sup> STC 11/1981, citada, F. J. 8, primer párrafo.



formulados históricamente y a las otras que han ido agregándosele razonablemente con el devenir del tiempo”<sup>98</sup>.

F) La delimitación del contenido constitucional del derecho fundamental exige acudir a las circunstancias del caso concreto

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”<sup>99</sup>. Tampoco es posible formular en términos generales y abstractos, válido de una vez para siempre el contenido de cada derecho en particular, como quien descubre 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 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>100</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>101</sup>.

Es verdad que en la medida que el Tribunal Constitucional vaya pronunciándose más veces sobre casos concretos definidos a partir de circunstancias semejantes, 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 litigio concreto, 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 si la pretensión planteada cae dentro o no del contenido constitucional del derecho fundamental invocado. La respuesta siempre se formulará y valdrá en principio sólo para el caso concreto que se examina, aunque habrá que reconocer que por reiteraciones jurisprudenciales –en particular a través de los llamados precedentes vinculantes<sup>102</sup>– se irán definiendo alguno de los elementos del contenido constitucional, pero en ningún caso quedará definido totalmente y para siempre al margen de las circunstancias del caso concreto<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> SERNA, Pedro. *Derechos Fundamentales: El mito...*, ob. cit., p. 225.

<sup>99</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre...*, ob. cit., p. 142.

<sup>100</sup> MARTINEZ– PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del...*, cit., p.73.

<sup>101</sup> Es contundente Hesse cuando afirma que “no existe interpretación constitucional independiente de los problemas concretos”. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, ob. cit., p. 25, Rn 64.

<sup>102</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano”, en *Jus Constitucional*, número 1, ps. 55–74.

<sup>103</sup> 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 anquilosada, sino que el modelo puede, debe ser, enriquecido históricamente siempre en favor de la dignidad humana”. MUNOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de MUNOZ ARNAU*, Juan Andrés. *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 93.

## VI. CONCLUSIÓN: APLICACIÓN DEL NUEVO ENTENDIMIENTO A LOS RÉGIMENES DE EXCEPCIÓN

## 1. Los derechos fundamentales no se suspenden en un régimen de excepción

Una vez planteado como elementos de construcción de un nuevo entendimiento de los derechos fundamentales, tanto el valor jurídico de la persona humana como el contenido constitucional de los derechos fundamentales como un contenido limitado, ilimitable y delimitable, corresponde abordar el problema que subyace como objeto principal de este trabajo. Me refiero a determinar qué es lo que realmente ocurre con los derechos fundamentales cuando se trata de los regímenes de excepción. Como se sabe el Constituyente peruano ha dispuesto que como consecuencia del establecimiento de alguno de los dos regímenes de excepción previsto en el artículo 137 CP, se puede *restringir o suspender* derechos constitucionales. También ha establecido en el último párrafo del artículo 200 CP, que en relación con los derechos *suspendidos o restringidos* en un régimen de excepción, el juez debe examinar la *razonabilidad y proporcionalidad* del *acto restrictivo*. Sin embargo, ¿cómo se puede compatibilizar estos dispositivos constitucionales con esa especial significación que se ha argumentado tienen los derechos constitucionales o fundamentales al interior de todo ordenamiento jurídico como el peruano? Es decir, si la persona humana es el fin, y sus derechos reconocidos constitucionalmente son el componente estructural básico del orden constitucional, ¿pueden los derechos constitucionales o fundamentales realmente *suspenderse o restringirse*? Estas cuestiones intentarán ser respondidas en lo que queda de este estudio.

Se empezará intentando resolver la siguiente cuestión: ¿realmente se suspenden los derechos constitucionales en un régimen de excepción? La respuesta, que inmediatamente será justificada, es que en el ordenamiento jurídico peruano los derechos dentro de un régimen de excepción, no se llegan a suspender, aunque el artículo 137 CP haga referencia expresa a la *suspensión* de derechos constitucionales. El razonamiento es más bien sencillo. La propia significación y naturaleza de la suspensión exige no poder hablar de gradaciones en los efectos suspensivos. Es decir, lo que está suspendido no tiene otra forma de estarlo más que totalmente suspendido. El contenido (y, por tanto, el ejercicio de ese contenido) de un derecho fundamental no puede estar parcialmente suspendido; si se quiere hablar de una suspensión parcial del contenido constitucional de un derecho fundamental, en estricto habrá que hablar de restricciones al contenido del derecho. El contenido se restringiría de modo que sólo estará vigente una parte del contenido del derecho (suspensión parcial). Estar (totalmente) suspendido el derecho significa que ese derecho no está vigente y, por ello, no es exigible de ninguna manera. Pero, ¿cómo puede estar (totalmente) suspendido el derecho y a la vez disponer que hay que examinar la proporcionalidad y razonabilidad de la *restricción* del derecho tal y como lo exige la parte final del artículo 200 CP? Si está suspendido el derecho fundamental significa que éste no tiene vigencia y, consecuentemente, no se puede hablar de *restricción* porque en estricto no se puede restringir aquello que jurídicamente no tiene vigencia.

Este razonamiento lleva a plantear la disyuntiva siguiente: o los derechos fundamentales se suspenden realmente y entonces no será posible examinar la proporcionalidad y razonabilidad de la *medida restrictiva* porque jurídicamente no hay derecho que restringir, o por el contrario, los derechos fundamentales no se suspenden y entonces es factible examinar las mencionadas proporcionalidad y razonabilidad de las medidas. Si permitir la suspensión de derechos y a la vez permitir el examen de la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que afectan el derecho no es posible, ¿ha dispuesto el Constituyente peruano un absurdo al establecer una incompatibilidad insalvable?



El principio de unidad y sistematicidad de la Constitución impiden dar una respuesta positiva a la pregunta planteada. En virtud de este principio se debe afirmar que no existe ninguna incompatibilidad en la norma constitucional, al ser posible una interpretación armonizadora del dispositivo constitucional que prevé los estados de excepción (artículo 137 CP), con el que ha recogido el principio de proporcionalidad respecto de las medidas que *restringen* derechos *suspendidos* en un estado de excepción (último párrafo del artículo 200 CP). Esa interpretación armonizadora empieza afirmando que el deber estatal de promover la plena vigencia de los derechos constitucionales (artículo 44 CP), fruto precisamente de su ya argumentada especial significación, no faculta al Ejecutivo a dejar sin efecto los dispositivos de la Constitución que recogen los derechos de la persona, o a suprimirlos durante un régimen de excepción (artículo 137 CP); sino que incluso en estos regímenes el poder político (en este caso el Ejecutivo) sigue vinculado a la Constitución y, especialmente, a los derechos fundamentales. Muestra inequívoca de ello es que la Constitución misma ha dispuesto la posibilidad de evaluar a través del proceso constitucional de amparo o del hábeas corpus la razonabilidad y proporcionalidad de las concretas medidas que afecten los derechos declarados como *suspendidos* en el decreto que instaura el estado de excepción. Es el contenido constitucional del derecho fundamental el que dentro de un régimen de excepción servirá de parámetro para determinar si una medida es o no razonable, es decir, cae o no dentro del contenido constitucional del derecho fundamental *suspendido*.

Por tanto, en los regímenes de excepción los derechos constitucionales no pueden ser suspendidos realmente, lo que precisamente habilita a exigir que las medidas tomadas como consecuencia del régimen de excepción, puedan ser evaluadas en su razonabilidad a fin de determinar si vienen o no exigidas por el contenido constitucional del derecho fundamental *suspendido* dentro de unas circunstancias de emergencia.

## 2. Los derechos fundamentales no se restringen en un régimen de excepción

Una vez argumentada la imposibilidad de que los derechos constitucionales puedan ser suspendidos durante un régimen de excepción, cabe explorar la otra posibilidad a la que hace referencia el constituyente en el artículo 137 CP: restringir derechos. ¿Se restringen realmente los derechos constitucionales durante un estado de emergencia o un estado de sitio? Para resolver esta cuestión nuevamente hay que apelar a la significación jurídica y política de los derechos fundamentales. Si, como se ha visto, los derechos fundamentales tienen una especial significación al punto que el poder político (en su actuación legislativa, ejecutiva y judicial) tiene la obligación constitucional de promocionarlos y ayudar a una efectiva y plena eficacia de los mismos (artículo 44 CP), ¿cómo se le puede dar igualmente la facultad de *restringirlos*? Pero aún se puede interrogar más: si la Constitución tiene por finalidad la limitación del poder político a través del reconocimiento y garantía de los derechos de la persona, ¿cómo se puede afirmar que los derechos puedan ser *restringidos* por aquel ente u órgano al que precisamente deben limitar en su actuación?

Con base en el nuevo entendimiento que sobre los derechos fundamentales aquí se ha postulado, no es posible sostener que los derechos fundamentales puedan restringirse. De lo que se tratará es de que con base a los criterios hermenéuticos arriba expuestos, se determine si una concreta medida que afecta un derecho fundamental restringido en un régimen de excepción, cae o no dentro de su contenido constitucional. Los derechos constitucionales tienen un contenido que ontológicamente (esencialmente) es un contenido limitado. Ese contenido definido por límites internos, es indisponible por parte del poder, quien –en todo caso– sólo puede delimitarlo. El poder político no sólo está prohibido de limitarlo, restringirlo o sacrificarlo, sino que además está obligado a promover su efectiva vigencia, “promoviendo las condiciones para que la libertad y la

igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, en palabras del Constituyente español (artículo 9.2 CE), o “garantizando su plena vigencia”, en términos del Constituyente peruano (artículo 44 CP).

Este modo de entender los derechos fundamentales (su significación, contenido y ejercicio) se mantiene –debe mantenerse– al margen de que la situación real sea una ordinaria o sea una extraordinaria (como la que define un régimen de excepción). Y esto es así por lo que en definitiva realmente ocurre en un régimen de excepción, como se estudiará a continuación.

### 3. Significado de la instauración de un régimen de excepción

Si los derechos fundamentales no se suspenden ni se restringen ¿qué ocurre con ellos durante la instauración de un régimen de excepción? La respuesta es que en un estado de emergencia o de sitio en el caso del ordenamiento constitucional peruano no ocurre nada especialmente diferente en lo referido a la significación y vigencia de los derechos constitucionales, que lo que sucede en las situaciones de normalidad. Precisamente por eso es que es posible y se permite que toda medida relacionada con el contenido de los derechos fundamentales (*suspendidos* o no, *restringidos* o no), deba ser examinada en su razonabilidad, examen que se realiza igualmente en situaciones de normalidad. Este examen se realiza siempre, ya sea en situaciones de normalidad o en situaciones excepcionales (pero siempre institucionales como manifestación de la vigencia del Estado de derecho), porque se trata de un examen dirigido a ponderar las concretas pretensiones e intereses en las concretas circunstancias (normales o excepcionales) del caso concreto para definir en cada caso el contenido constitucional del derecho fundamental, es decir, para definir si el acto concreto que se enjuicia cae dentro o no del contenido constitucional del derecho fundamental.

Por poner un ejemplo, en un estado de emergencia que haya sido decretado por perturbación de la paz o del orden interno, por ejemplo, porque varios gremios de trabajadores que han entrado en huelga hace varios días han empezado a tomar las calles y a enfrentarse con las fuerzas policiales, y entre otros derechos el decreto ha dispuesto la *suspensión* o *restricción* del derecho constitucional a reunirse pacíficamente sin armas (artículo 2.12 CP), la autoridad policial no podrá disolver una reunión pacífica y sin armas a la que he convocado en la casa de un particular para celebrar su onomástico cuando él pertenece –lo mismo que sus invitados– a ninguno de los gremios en huelga. Y no la podrá disolver porque de lo contrario se estaría ante una medida desproporcionada. Pero en ese mismo estado de emergencia yo no podré dejar la sala de mi casa para que unos amigos pertenecientes a los gremios en huelga se reúnan pacíficamente y sin armas para planificar sus siguientes acciones de disturbio como reivindicación de sus pretensiones laborales. Y no lo puedo hacer, no porque el derecho de reunión haya quedado *suspendido* o *restringido*, sino porque en ese caso ese concreto acto de reunión no cae dentro del contenido jurídico constitucional del derecho de reunión de mis amigos, por la sencilla razón que ese derecho no habilita a quebrantar el bien público de la *paz social y del orden interno*.

Y por poner un ejemplo más, si se ha decretado un estado de emergencia debido a un terremoto y, entre otros derechos ha sido *suspendido* el derecho a la inviolabilidad de domicilio, yo no podré impedir que los miembros de sanidad entren a mi domicilio a



disponer de los ambientes de mi casa –una de las pocas en pie luego de la catástrofe natural– para colocar a los heridos y poder mejor atenderlos. Y no me podré oponer no porque tenga *suspendido* el derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio, o porque éste derecho fundamental admita *restricciones* en su contenido constitucional, sino que la oposición no será posible simplemente porque mi negativa en estas circunstancias no tiene protección constitucional al no formar parte del contenido constitucional de mi derecho a la inviolabilidad de domicilio. En ese mismo caso, sin embargo, el Jefe de sanidad no podrá entrar a mi domicilio y sin mi autorización disponer de la sala de mi casa para celebrar su cumpleaños. Este no podrá ampararse en que mi derecho a la inviolabilidad de domicilio está *suspendido* o pueda *restringírmelo*, ya que mi derecho constitucional nunca estará suspendido y nunca podrá restringirse. El Jefe de sanidad no podrá satisfacer su pretensión precisamente porque se lo impide mi derecho a la inviolabilidad de domicilio que está plenamente vigente. En este caso, el principio de razonabilidad y proporcionalidad sirven para definir el contenido constitucional de mi derecho a la inviolabilidad de domicilio y concluir que la pretensión del jefe de sanidad no tiene acogida constitucional por desproporcionada.

Por tanto, la clave en estos casos –y en todos los que involucre a los derechos constitucionales– está en la determinación del ámbito de protección de un derecho fundamental para definir si la concreta acción que se enjuicia (participar en un programa radial, reunirse en una casa particular, entrar a un domicilio sin la previa autorización de su ocupante, etc.) cae dentro o fuera del contenido constitucional del derecho. Y para esa determinación sirve tener muy en cuenta el principio de razonabilidad o proporcionalidad, principio que debe ser tenido siempre en consideración<sup>104</sup>.

Entonces, si lo que ocurre en un estado de excepción no es distinto a lo que ocurre en un estado de normalidad en cuanto a la vigencia de los derechos constitucionales ¿qué sentido tiene decretar un régimen de excepción? Los regímenes de excepción ¿tienen alguna relevancia jurídica en lo referente a los derechos constitucionales? En primer lugar se debe decir que lo que aquí se sostiene es que en ningún caso, bajo ningún supuesto, los derechos fundamentales –más precisamente su contenido constitucional– pueden ser suspendidos, restringidos, limitados o sacrificados. Esta afirmación se ha hecho con la finalidad de significar que en una y otra situación de lo que se trata es de determinar en cada caso concreto –delimitar– el contenido constitucional de los derechos en juego.

En segundo lugar, debido a que el contenido de los derechos fundamentales se delimita en cada caso concreto y dependiendo de las circunstancias que singularizan el caso, el que el Presidente de la República haya decretado un régimen de excepción es un factor especialmente importante en la labor de determinación del contenido constitucional de los derechos. El Decreto de un estado de emergencia o de un estado de sitio es una circunstancia que caracteriza especialmente el caso concreto, de modo que actuará influyendo en la definición del contorno del contenido del derecho fundamental afectado. El que se haya decretado un régimen de excepción significa el reconocimiento jurídico y político de la ocurrencia de una situación fáctica grave y excepcional, significa la formalización de unos objetivos y de unos medios para alcanzar esos objetivos dentro de la situación excepcional en un área geográfica y por un tiempo determinado. No habrá duda, por el reconocimiento jurídico y político realizado a través de la aprobación del decreto respectivo, que las circunstancias que singularizan el caso concreto son verdaderamente

<sup>104</sup> Nada de ponderaciones jerarquizadas, sino de justificación razonable para determinar si una pretensión cae o no dentro del contenido constitucional de un derecho fundamental. En esta línea redirigen los tres presupuestos de procedencia de las garantías constitucionales en un estado de excepción (artículo 23 CPConst.).

graves y de tal magnitud que afectan el desenvolvimiento normal de la comunidad política. Es decir, sirve para despejar cualquier duda que pueda existir en la configuración de los supuestos fácticos que habilitan la instauración de uno u otro régimen de excepción. De ahí que en ningún caso podrá ser cuestionada la valoración política que de los hechos ha realizado el Ejecutivo para instaurar un régimen excepcional a través del decreto respectivo (último párrafo del artículo 200 CP). Las actuaciones estatales o privadas relacionadas con los derechos fundamentales que se produzcan en esa área geográfica por el tiempo especificado, deberán ser interpretadas teniendo en consideración que esas circunstancias que singularizan el caso concreto influyen en la determinación del contenido del derecho constitucional.

Sin embargo, lo que se acaba de decir no debe ser interpretado como si en un régimen de excepción las circunstancias que singularizan el caso concreto existen porque así lo ha dispuesto el decreto respectivo. No cabe duda, por ejemplo, que el terremoto y sus consecuencias para la existencia digna de las personas que habitan el área afectada por la catástrofe natural, se han producido al margen de lo que diga el decreto que instaura el régimen de excepción. De modo que si las circunstancias del caso concreto existen al margen del decreto, y el contenido del derecho constitucional se formula según las circunstancias que singularizan el caso concreto, entonces el contenido del derecho constitucional es perfectamente delimitable al margen del decreto supremo que dispone el régimen de excepción. Esto es así al punto que aunque no se hubiese decretado por el Presidente de la República el régimen de excepción respectivo, el contenido constitucional de los derechos se delimitaría igualmente en función de las concretas circunstancias excepcionales. Por ejemplo, si ha ocurrido un terremoto que ha causado –entre otras cosas– muchos muertos y heridos, una persona que tiene su casa aún en pie no puede invocar su derecho a la inviolabilidad de domicilio para impedir o sólo permitir a través de un mandato judicial, que las autoridades sanitarias entren y ocupen la sala de la casa para atender a los heridos. Y no lo podrá hacer aunque no haya sido decretado formalmente el estado de emergencia, por la sencilla razón que –como se ha dicho antes– no forma parte del contenido constitucional a la inviolabilidad de domicilio la facultad de actuar en contra del bien común, representado en este caso, en la salvación de la vida de varias personas.

De esta manera, a efectos de la determinación del contenido constitucional de los derechos, la relevancia jurídica que tiene el hecho que se haya decretado un régimen de excepción es únicamente la de dar la seguridad de que un acontecimiento ocurrido tiene una especial gravedad para la existencia digna de las personas afectadas, si acaso hubo duda de ello. Así, la ocurrencia de esta situación excepcional y su grave afectación a la vida del país, no podrán ser puestas en discusión, obviamente, asumiendo que el decreto supremo fue expedido a través del procedimiento constitucionalmente establecido y por el órgano legitimado para ello. No cabe duda, complementariamente, que la instauración de un régimen de excepción sí tendrá consecuencias no referidas de la determinación del contenido constitucional de los derechos, que tienen que ver más con la actuación de políticas por parte del Ejecutivo para hacer frente materialmente a la situación de gravedad acontecida.

