



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

PROCESO DE AMPARO: DERECHOS PROTEGIDOS

Luis Castillo-Córdova

Perú, 2009

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2009). Proceso de amparo: derechos protegidos. En J. Tupayachi (Coord.), *Código procesal constitucional comentado: homenaje a Domingo García Belaunde* (pp. 399-520). Arequipa: Adrus.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

Artículo 37.– Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

El artículo 37 CPConst. recoge una lista de derechos fundamentales cuya protección corre por cuenta del proceso de amparo. Antes de ingresar al comentario breve e individualizado de cada uno de ellos, es necesario poner de manifiesto que cuando se trata del estudio de los procesos constitucionales, lo que interesa analizar es el contenido constitucional de los derechos fundamentales, en la medida que será ese y no otro el nivel jurídico protegido por garantías constitucionales como el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data. Al ser la Constitución el nivel jurídico supremo dentro de un Estado Constitucional, deberá reconocerse que el contenido constitucional significa el *contenido esencial* del derecho fundamental; es decir, que el nivel constitucional del contenido del derecho fundamental estará conformado por aquellos elementos por los cuales el derecho fundamental *es el que es y no es un derecho diferente*.

En la función de desvelar el contenido constitucional de un derecho fundamental juega un papel importante el Tribunal Constitucional como Supremo intérprete de la Constitución. Es el que de modo supremo concreta y determina el ámbito general, indeterminado e impreciso de las disposiciones iusfundamentales. Esto justifica sostener la siguiente afirmación: no es posible abordar el estudio de la significación de un derecho fundamental sin acudir a la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ya ha manifestado sobre ese derecho fundamental. Dicho de otra manera, está plenamente justificado que para la determinación del contenido constitucional se acuda a los diferentes criterios hermenéuticos que –como precedente vinculantes o no– ya ha planteado el Tribunal Constitucional. Por esta razón, la principal fuente –aunque no la única– desde donde se abordará el estudio de los distintos incisos que componen el artículo 37 CPConst. será la jurisprudencia del Supremo intérprete de la Constitución. A partir de ella se pretenderá formular las líneas general por las que se ha de dibujar en cada caso concreto la respuesta a la pregunta de si determinada pretensión forma o no parte del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.

1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole;

Este artículo es correlato del artículo 2.2 CP en el que se establece que toda persona tiene derecho “[a] la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”¹. Más allá de la discusión que puede plantearse acerca de si la igualdad es un principio o es un derecho fundamental², el Tribunal Constitucional ha sido claro al concebirla no sólo como “un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho”³, sino también como “un derecho fundamental de la persona”⁴. En uno y otro caso,

¹ En el mismo sentido los artículos 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

² SUAREZ PERTIERRA, Gustavo; AMERIGO, Fernando. “Artículo 14.– Igualdad ante la ley”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Coord.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*, T–II, EDESA, Madrid 1997, p. 257.

³ EXP. N.º 0018–2003–AI/TC, del 26 de abril de 2004, F. J. correspondiente a la “conceptualización de la igualdad”.

⁴ Ibidem.



lo importante es dibujar los trazos generales que definen el contenido constitucional de este derecho fundamental (o principio constitucional). En ese intento se ha de empezar afirmando que el derecho a la igualdad supone “una facultad o atribución (...) conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes”⁵. Con base en una interpretación *contrario sensu* de este criterio jurisprudencial, se ha de admitir que constitucionalmente están exigidos los tratos diferentes frente a situaciones diferentes⁶.

Con este básico criterio es posible sostener que se vulnera el contenido constitucional del derecho fundamental a la igualdad que hace procedente la demanda de amparo cuando ocurre cualquiera de las dos siguientes hipótesis. Primera, que de los hechos se concluya que ante dos situaciones sustancialmente iguales dos personas naturales o jurídicas son tratadas de modo sustancialmente diferente; y segunda que de los hechos se concluya que ante dos situaciones sustancialmente diferentes dos personas naturales o jurídicas son tratadas de modo sustancialmente igual. Las diferencias o semejanzas deben darse en el plano sustancial o esencial de la situación. Para estos efectos, sirve como pauta el entendimiento de la sustancia o esencia como aquello por lo cual algo es lo que es y no es algo distinto. De modo que si se quiere examinar si un elemento fáctico es esencial o accidental, se ha de responder a la siguiente pregunta: ¿su presencia hace que la situación sea la que es y no otra diferente? O dicho negativamente, ¿su ausencia hace que la situación deje de ser la que ha sido para convertirse en otra diferente?

No obstante esto, las principales cuestiones jurídicas se han presentado respecto de la primera de las mencionadas hipótesis. En ella se trata de reafirmar “el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”⁷. Consecuentemente, lo prohibido no es el trato diferenciado, sino que ese trato diferenciado sea injustificado, irracional o arbitrario⁸, es decir, tratos “basados en la subjetividad, el capricho o al amparo de criterios artificiosos”⁹. Los tratos diferenciados injustificados son discriminatorios y, por tanto, inconstitucionales; mientras que los tratos diferenciados justificados son constitucionalmente permitidos¹⁰. De forma que la cuestión se traslada a determinar cuando un trato diferenciado está justificado y cuando ese trato se convierte en discriminatorio por injustificado y, por tanto, en inconstitucional¹¹.

⁵ EXP. N.º 0261-2003-AA/TC, citado, F. J. 3.1.

⁶ Sobre el significado de la igualdad formal y material véase MOSQUERA MONELOS, Susana, El derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de religión, en MOSQUERA MONELOS, Susana (Coordinadora), *El derecho fundamental de igualdad*, Segundas Jornadas de Derechos Humanos, Universidad de Piura – Palestra editores, Lima 2006, ps. 21 y ss.

⁷ EXP. N.º 0261-2003-AA/TC, citado, F. J. 3.1.

⁸ Como bien ha recalcado el Tribunal Constitucional, “no todo tratamiento desigual resulta inconstitucional, sino únicamente aquel que carezca de justificación o sustento razonable”. EXP. N.º 0007-2003-AI/TC, del 2 de julio de 2004, F. J. 10.

⁹ EXP. N.º. 006-2001-AI/TC, del 13 de julio de 2001, F. J. 5.

¹⁰ En este sentido, acierta el Tribunal Constitucional cuando afirma que hay que diferenciar las siguientes dos categorías jurídico-constitucionales: diferenciación y discriminación. Así, “la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”. EXP. N.º 0048-2004-PI/TC, del 1 de abril de 2005, F. J. 62.

¹¹ Se acierta cuando se afirma que “[e]l punto crucial a establecer, entonces, es cuándo nos hallamos ante una diferenciación o a un trato desigual admisible constitucionalmente y cuándo –por el contrario– ello configura una situación de discriminación que debe quedar proscrita”. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios constitucionales*, Ara editores, Lima, 2002, p. 102.

Un mecanismo constitucional empleado por el Tribunal Constitucional para dar respuesta a esta cuestión ha sido el principio de proporcionalidad en sus tres juicios. Para el Alto Tribunal, este principio “es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho—principio a la igualdad”¹². Para la aplicación de este principio se requiere la presentación del *tertium comparationis*, definido como “un término de comparación que sea suficiente y adecuado, a partir del cual sea posible constatar que, ante situaciones fácticas iguales, uno de los sujetos de la relación ha sufrido un trato diferente, sin mediar razones objetivas y razonables que lo legitimen”¹³.

Por lo demás, no todo trato diferenciado que se base en alguno de los criterios previstos expresamente en la norma constitucional (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) resulta siendo necesariamente inconstitucional, sino que habrá que analizar su justificación a fin de calificarlo como discriminatorio o no. Normalmente se admiten tratos diferenciados (por tanto no discriminatorios), cuando formulados según criterios como el sexo o la raza, se formulan precisamente para favorecer a determinados grupos sociales. Se trata de las conocidas como *affirmative action*¹⁴, por las que “el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables”¹⁵, con la finalidad de “compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado”¹⁶. Así, por ejemplo, no es posible calificar de discriminatorio que la ley sólo prevea a las mujeres una pensión de viudedad; o que prevea para determinado grupo étnico especiales prestaciones de salud o de educación¹⁷.

2) Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa;

La facultad de ejercer públicamente cualquier confesión religiosa forma parte del contenido constitucional del derecho fundamental “a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada” (artículo 2.3 CP)¹⁸. No quiere esto significar que está es la única facultad que de este derecho fundamental es protegida por el proceso de amparo, por el contrario, esa protección se extiende a todas las demás facultades que conforman el mencionado contenido constitucional.

Según el Tribunal Constitucional la libertad de conciencia es “el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación se vea exenta de intromisiones de cualquier tipo. El libre desarrollo de la personalidad del individuo implica que en el transcurrir de la vida la persona vaya formándose en valores o principios que den lugar a la generación de un propio cúmulo de criterios e ideas”¹⁹. Mientras

¹² EXP.N.º 0048–2004–PI/TC, del 1 de abril de 2005, F. J. 65.

¹³ EXP. N.º 0031–2004–AI/TC, del 23 días del mes setiembre de 2004, F. J. 16.

¹⁴ Sobre las acciones afirmativas en el ordenamiento jurídico peruano véase HUERTA GUERRERO, Luis, “El derecho a la igualdad: su desarrollo en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”, en MOSQUERA MONELOS, Susana (Coordinadora), *El derecho fundamental de igualdad*, ob. cit., ps. 115 y ss.

¹⁵ EXP.N.º 0048–2004–PI/TC, citado, F. J. 63.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Para la solución de algunos casos difíciles que presenta el derecho a la igualdad, véase a EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *Estudios Constitucionales*, ob. cit., ps. 110–117.

¹⁸ Estos derechos se recogen en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁹ EXP. N.º 0895–2001–AA/TC, de 19 de agosto de 2002, F. J. 3.



que la libertad religiosa ha sido concebida por el mencionado Tribunal como aquella libertad que “comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto”²⁰. Esta distinción entre libertad de conciencia y libertad de religión, es consecuencia –siempre a entender del Tribunal Constitucional– de que “[e]n puridad, la libertad de conciencia está vinculada a la libertad de ideas; mientras que la libertad de religión, a la libertad de creencias”²¹. En la medida que se vinculan a dos categorías distintas, ambas libertades son también distintas aunque complementarias²².

En particular, sobre la libertad religiosa –como en todo derecho fundamental– se ha de distinguir la dimensión de libertad de la dimensión prestacional de su contenido constitucional. La dimensión de libertad viene conformada al menos por las siguientes facultades: “a) (...) de profesión de la creencia religiosa que libremente elija una persona. b) (...) de abstención de profesión de toda creencia y culto religioso. c) (...) de poder cambiar de creencia religiosa. d) (...) de declarar públicamente la vinculación con una creencia religiosa o de abstenerse de manifestar la pertenencia a alguna. Es decir, supone el atributo de informar, o no informar, sobre tal creencia a terceros”²³.

Mientras que su dimensión social o prestacional tiene un doble significado: “Uno negativo, que implica la prohibición de injerencias por parte del Estado o de particulares en la formación y práctica de las creencias o en las actividades que las manifiesten. Y otro positivo, que implica, a su vez, que el Estado genere las condiciones mínimas para que el individuo pueda ejercer las potestades que comporta su derecho a la libertad religiosa”²⁴. De modo que la demanda de amparo procederá para dar cobertura constitucional a toda pretensión que se fundamente ya sea en cualesquiera de las facultades que componen tanto la dimensión de libertad de la libertad religiosa, como su dimensión social o prestacional. De igual forma procede para la protección del contenido constitucional de la libertad de conciencia, libertad estrechamente relacionada a la libertad religiosa²⁵.

3) De información, opinión y expresión;

Según la norma constitucional, toda persona tiene derecho a “las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley” (artículo 2.4 CP)²⁶. Según el Tribunal Constitucional peruano la libertad de información es distinta a la libertad

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Constitucional parece haber olvidado esta formulada distinción, para terminar admitiendo que la libertad religiosa (al menos en su dimensión de exteriorización), es una manifestación de la libertad de conciencia. Dijo el mencionado Tribunal que “[n]inguna persona puede ser impedida de ejercer su opción de adorar a alguna divinidad, pues se trata de una de las manifestaciones de la libertad de conciencia, ya que previamente parte del reconocimiento de la existencia de una esfera reservada al individuo, en la que no cabe interferencia o intromisión alguna por parte de terceros”. EXP. N.º 3283–2003–AA/TC, del 15 de junio de 2004, F. J. 16.

²³ Idem., F. J. 18.

²⁴ EXP. N.º 0256–2003–HC/TC, del 21 de abril de 2005, F. J. 15.

²⁵ En particular, sobre la objeción de conciencia como contenido constitucional de la libertad de conciencia Cfr. MOSQUERA MONELOS, Susana. *El derecho de libertad de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico peruano*, Universidad de Piura – Palestra editores, Lima 2005, p. 169.

²⁶ Recogidos también en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

de expresión: “[e]l inciso 4) del artículo 2.º de la Constitución reconoce las libertades de expresión e información. Aun cuando históricamente la libertad de información haya surgido en el seno de la libertad de expresión, y a veces sea difícil diferenciar la una de la otra, el referido inciso 4) del artículo 2.º de la Constitución las ha reconocido de manera independiente, esto es, como dos derechos distintos y, por tanto, cada uno con un objeto de protección distinto”²⁷.

La diferenciación entre una y otra libertad se formularía a partir de su distinta naturaleza. La libertad de expresión tendría por objeto la transmisión de mensajes cuyo contenido es juicios y opiniones (de ahí que la libertad de opinión cae dentro de la libertad de expresión); y la libertad de información se encargaría de la transmisión de mensajes que tienen hechos por contenido²⁸. También se diferenciaría en las distintas consecuencias que el distinto objeto traería consigo: las ideas y opiniones que se expresan no se sujetan a la exigencia de veracidad a la que sí estaría sujeto el mensaje informativo²⁹. Sin embargo, una y otra libertad gozan –a decir del Tribunal Constitucional– de una posición preferente, lo que significará que podrán imponerse sobre derechos como el honor o la intimidad, que debido a su inexistente significación política, podrán ser sacrificados y restringidos³⁰.

Este criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional no es del todo acertado³¹. El ejercicio razonable y constitucional de un derecho fundamental exige necesariamente la no agresión del contenido constitucional de otros derechos fundamentales o bienes jurídico-constitucionales. En particular, el ejercicio de las libertades de expresión y de información no pueden agredir ni la intimidad ni el honor de las personas. De modo que la protección constitucional de los mensajes que se transmitan en ejercicio de una y otra libertad, dependerá de su ajustamiento al derecho al honor, lo que significa que en esos mensajes no deberán emplearse expresiones injuriosas u ofensivas, ni deberán transmitirse como verdaderos hechos que no lo son; dependerá también de su ajustamiento al derecho a la intimidad de las personas y, por tanto, los mensajes deberán versar sobre hechos que no atañen a la privacidad de las personas, es decir, deben ser hechos que tengan suficiente relevancia pública. Sólo cumpliendo estas exigencias habrá un ejercicio razonable –y por ello constitucional– de las libertades de expresión e información. Nada de posición preferente de las libertades de expresión e información como mal dice el Tribunal Constitucional con base en una discutida visión conflictivista de los derechos fundamentales³², sino más bien ejercicio razonable y armónico de los mismos.

4) A la libre contratación;

En la norma constitucional se ha dispuesto que toda persona tiene derecho a “contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público” (artículo 2.14). Al referirse a este dispositivo constitucional, el Supremo intérprete de la Constitución peruana ha dicho que el derecho a la libre contratación “se concibe como el acuerdo o convención de

²⁷ EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, del 14 de agosto de 2002, F. J. 9.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Idem, F. J. 13 y 14.

³¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, Crítica a la respuesta del Tribunal Constitucional a algunas cuestiones generadas por la vigencia de las libertades de expresión e información”, CASTILLO CÓRDOVA, Luis (Coordinador), *Las libertades de expresión e información*, Universidad de Piura – PALESTRA, Lima 2006, ps. 83–135.

³² Detrás de la teoría de las libertades preferidas se encuentra la doctrina conflictivista de los derechos fundamentales: precisamente porque los derechos chocan hay que preferir uno en detrimento del otro. Cfr. EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, citado, F. J. 13 – 14.



voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial”³³. Se trata de un derecho constitucional que garantiza la “[a]utodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co–celebrante. [Y la] autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual”³⁴. Estos elementos conformarían en abstracto el contenido constitucional del derecho a la libre contratación. Desde esta perspectiva, ha dicho el Tribunal Constitucional, “no formaría parte de dicho contenido el medio de pago a través del cual la obligación contenida en el contrato deba cumplirse”³⁵.

En la jurisprudencia constitucional, la libertad de contratar es diferenciada de la libertad contractual. En referencia a la voluntad como elemento del contrato, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “[e]ste elemento se sustenta en el principio de la autonomía de la voluntad, que tiene un doble contenido: a) la libertad de contratar –consagrada en los artículos 2.º, inciso 14), y 62.º de la Constitución Política del Perú– llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y 2) la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato”³⁶. Una y otra libertad van estrechamente unidas en la medida que la libertad de contratar alcanza su culminación con la libertad contractual, y ésta sólo es posible si antes se ha ejercido aquella. Para saber hasta donde alcanza esta protección constitucional se hace necesario aludir a las fronteras internas que conforman el contenido de ambas libertades.

Como no existen derechos fundamentales con un contenido constitucional ilimitado, la libertad de contratar tiene también límites esenciales, entendidos siempre como las fronteras internas que brotan de su esencia. Estos límites pueden ser límites explícitos e implícitos. Los “límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público”³⁷. A estos debe agregarse que “[d]icho vínculo [jurídico] –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica”³⁸. Mientras que los “[l]ímites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos”³⁹. Más allá de lo errática que resulta la expresión “restricción” que alude a algo que primero se tiene y que luego ya no, lo cierto es que se trata de límites provenientes de la exigencia de vigencia armónica por parte de todos los derechos fundamentales. En buena cuenta, “los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano”⁴⁰. Y es que se debe reconocer que “[a]sumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no

³³ EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, F. J. 26.b.

³⁴ Ibidem.

³⁵ EXP. N.º 0004–2004–AI/TC y otros acumulados, del 21 de septiembre de 2004, F. J. 8.

³⁶ EXP. N.º 2185–2002–AA/TC, del 4 de agosto de 2004, F. J. 2.

³⁷ EXP. N.º 2670–2002–AA/TC, del 30 de enero de 2004, F. J. 3.e.

³⁸ EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, citado, F. J. 26.b.

³⁹ EXP. N.º 2670–2002–AA/TC, citado, F. J. 3.e.

⁴⁰ EXP. N.º 0858–2003–AA/TC, del 24 de marzo de 2004, F. J. 22.

precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos”⁴¹.

5) A la creación artística, intelectual y científica;

La norma constitucional peruana ha reconocido que toda persona tiene derecho a “la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión” (artículo 2.8)⁴². Esta libertad fundamental normalmente se presenta como poco litigiosa, por eso es que normalmente no es abundante la jurisprudencia constitucional que de ella pueda haber, por lo que resulta necesario acudir también a la doctrina para esbozar las líneas generales de su contenido constitucionalmente protegido.

Una concepción amplia de lo que se puede entender por libertad de expresión lleva a considerar el derecho a la creación artística, intelectual y científica como una manifestación de la referida libertad⁴³. La justificación sería la siguiente: si los derechos fundamentales son la traducción jurídica de las concretas exigencias y necesidades de la dignidad humana, base sobre la cual se edifican los derechos de las personas, y la libertad de expresión se considera como la traducción jurídica de naturaleza social y relacional de las personas, en particular de la necesidad de comunicar su interioridad, entonces la libertad de creación (artística, intelectual, científica, técnica, etc.) puede considerarse perfectamente como manifestación de la libertad de expresión en la medida que permite la exteriorización del sujeto mismo.

Repárese en que la protección jurídica recae sobre el acto *creador*, el cual deberá desenvolverse en libertad. Se trata del reconocimiento de un poder jurídico “que se traduce en la posibilidad actual de utilizar sin condicionamiento jurídico alguno una aptitud o virtualidad para producir una determinada entidad intelectual. No se trata de amparar jurídicamente una situación de invención, sino de proteger algo previo a ese resultado. [Se protege] el acto creador, llámese producción, investigación o creación, y cualquiera que sea el ámbito (literario, artístico, ideológico, etc.) de su proyección”⁴⁴. Se trata de una protección jurídica que recae no sobre el producto de la creación (derechos de autor) sino sobre el acto de creación misma. Esto no quiere decir, no obstante, que la propiedad intelectual carezca de un contenido constitucionalmente protegible a través del amparo como el mismo artículo 2.8 CP lo ha dispuesto. Sólo significa que una cosa es el acto creador que se ha de desenvolver con libertad, y otra bien distinta los derechos morales y patrimoniales de los que el creador es titular⁴⁵.

⁴¹ EXP. N.º 2670-2002-AA/TC, citado, F. J. 3.e.

⁴² En la norma internacional igualmente se ha reconocido el derecho de toda persona “a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

⁴³ Este ha sido, por ejemplo, el criterio jurisprudencial que ha seguido el Tribunal Constitucional español, el que ha manifestado que “el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica (...) no es sino una concreción del derecho (...) a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones”. STC 153/1985, del 7 de noviembre, F. J. 5.

⁴⁴ GÁLVEZ MONTES. F. Javier, “Artículo 20”, en GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, 3ª edición, Civitas, Madrid 2001, p. 465.

⁴⁵ Ha manifestado el Tribunal respecto del derecho de acceso a la cultura que es un derecho “limitado y se relaciona con otros, como el derecho de propiedad sobre las creaciones intelectual, artística, técnica y científica. En consecuencia, la afectación, o no, al ejercicio de este derecho debe ser analizada tomando en cuenta el derecho de propiedad de las creaciones intelectual y artística, en el que se incluye la música”. EXP. N.º 1492-05-PA/TC, del 21 de abril de 2005, F. J. 3.



En particular, la libertad de creación artística “ampara la labor creativa de cualquier género, confirmando (...) la absoluta variedad existente en el ámbito de la libertad de expresión tanto respecto de los medios a emplear como respecto al mensaje transmitido, que en la creación artística puede consistir en la emoción o sensación estética o bien en ideas u opiniones sobre cualquier cuestión”⁴⁶. En definitiva, a decir del Tribunal Constitucional, se trata de contribuir “a la plasmación del goce espiritual a través de la comunión fecunda de los conocimientos, las emociones y los sentimientos humanos”⁴⁷.

Mientras que la libertad de creación intelectual y científica va muy ligada a la labor educativa, fundamentalmente a la labor de investigación que deben realizar los centros superiores de estudios. Esta labor de investigación debe también realizarse en libertad, de modo que se aliente el libre desarrollo de “acciones de averiguación, indagación o descubrimiento en el ámbito de las ideas y la realidad; así como la aplicación de los conocimientos científicos a la praxis”⁴⁸. En general, puede definirse la creación intelectual como “cualquier aporte que la persona desee hacer al acervo de los frutos de la inteligencia humana. En cierta medida es el género que abarca a todas las demás formas que también señala el inciso [inciso 8 del artículo 2 CP] (artística, técnica y científica)”⁴⁹. Y la creación científica como aquella “que desarrolla la ciencia, entendida como el acervo de conocimientos y el método para desarrollarlos, sobre los más diversos aspectos de la realidad”⁵⁰.

Sin duda que el ejercicio de esta libertad de creación o producción no es ilimitado sino que deberá desenvolverse en armonía con las exigencias que se desprendan de otros derechos fundamentales y bienes jurídico-constitucionales. En este marco, probablemente el punto más álgido lo constituya la moralidad como límite al ejercicio de esta libertad de creación. El mínimo ético que exige toda sociedad para una existencia digna de sus miembros, no debe significar un impedimento a la expresión artística y cultural, ni un freno a los avances científicos y tecnológicos⁵¹. De igual forma no puede admitirse cualquier tipo de creación o expresión artística, ni cualquier invento científico. Así, por ejemplo, en principio, no será objeto de protección constitucional una expresión artística que ofenda un mínimo ético moral o que suponga una agresión al libre desarrollo de la personalidad de la niñez o de la juventud⁵².

⁴⁶ ESPÍN, Eduardo. “Los derechos de libertad (II)”, en AA. VV., *Derecho Constitucional*, Vol I, 5ª edición, Tirant lo blanch, Valencia 2002, ps. 299–300.

⁴⁷ EXP. N.º 4232–2004–AA/TC, del 3 de marzo de 2005, F. J. 22.c.

⁴⁸ Idem., F. J. 22.d.

⁴⁹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1979, Análisis comparado*. 5ª edición, Constitución y Sociedad, Lima 1999, p. 135.

⁵⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución política de 1993*. Vol. I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, ps. 263–264.

⁵¹ En palabras del Tribunal Constitucional español, plenamente válidas para el ordenamiento jurídico peruano, “la moral pública –como elemento ético común de la vida social– es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Lo que nos lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un mínimun ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico”. STC 62/1982, del 15 de octubre, F. J. 3.B.

⁵² La obscenidad por sí misma no es razón suficiente para que se prohíba la difusión de determinada obra literaria o artística o la imposición de sanciones penales. Será las concretas circunstancias las que determinen la carencia de protección constitucional, circunstancias como la indebida difusión o comercialización de la misma, o la calidad del público a la que se dirige. Cfr. DIEZ–PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª edición, Thomson–Civitas, Cizur Menor 2005, p. 347.

6) De la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones;

Este derecho tiene su correlato en la norma constitucional en la que se ha reconocido que toda persona tiene derecho “[a]l secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados” (artículo 2.10 CP)⁵³. La finalidad de esta norma iusfundamental es asegurar las comunicaciones se realicen con libertad⁵⁴, y para ello persigue “salvaguardar que todo tipo de comunicación entre las personas sea objeto exclusivamente de los intervinientes en el mismo”⁵⁵. La comunicación protegida “no solamente comprende la acción comunicativa que se pudiera expresar mediante medios de telecomunicación, sino también la comunicación interpersonal”⁵⁶.

Por lo que el contenido constitucionalmente protegido de este derecho fundamental, que puede ser ejercitado por personas naturales o personas jurídicas⁵⁷, faculta a su titular a impedir que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello, sean órganos públicos o particulares⁵⁸. De los documentos privados y de las comunicaciones lo que constitucionalmente se protege es tanto su secreto como su inviolabilidad. Por secreto debe entenderse “que el contenido de las comunicaciones o de los papeles privados de una persona sólo puede ser conocido por ella y aquella o aquellas otras con las cuales deseó comunicarse”⁵⁹. Mientras que la inviolabilidad “consiste en que las comunicaciones no pueden ser intervenidas, esto es, las cartas interceptadas, las ondas electromagnéticas estorbadas con transmisiones que las hagan inútiles para la comunicación; los teléfonos intervenidos, etc. La inviolabilidad no tiene que ver con el contenido sino con el proceso mismo de la comunicación o con la sustracción de los documentos privados”⁶⁰. En palabras del Tribunal Constitucional, “[e]l concepto de ‘secreto’ e ‘inviolabilidad’ de las comunicaciones y documentos privados, desde esa perspectiva, comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello”⁶¹.

Como ocurre con todo derecho fundamental, su ejercicio debe ser razonable y desenvolverse en armonía con las exigencias constitucionales de otros derechos fundamentales y bienes jurídico constitucionales. De modo que exigencias constitucionales de bienes jurídicos como la seguridad nacional pueden justificar que en un caso concreto resulte siendo razonable la interceptación o intervención de determinadas comunicaciones. Sin embargo, estos límites deben ser encontrados en el caso concreto por el juez con base en

⁵³ Derecho reconocido también en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵⁴ En palabras del Tribunal Constitucional español, plenamente aplicables al caso peruano, “[e]l bien constitucionalmente protegido es así –a través de la imposición a todos del «secreto»– la libertad de las comunicaciones”. STC 114/1984, del 29 de noviembre, F. J. 7.

⁵⁵ EXP. N.º 0774–2005–HC/TC, del 8 de marzo de 2005, F. J. 24.

⁵⁶ EXP. N.º 003–2005–PI/TC, del 9 de agosto de 2006, F. J. 360.

⁵⁷ EXP. N.º 4972–2006–PA/TC, del 4 de agosto de 2006, F. J. 14.

⁵⁸ EXP. N.º 2863–2002–AA/TC, de 29 de enero de 2003, F. J. 3.

⁵⁹ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la...*, ob. cit., p. 281.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ EXP. N.º 2863–2002–AA/TC, citado, F. J. 3.



un mandato debidamente motivado que contenga una medida estrictamente razonable, y ajustándose siempre a las garantías que se hayan previsto en la ley⁶².

En este marco cobra especial importancia las llamadas *comunicaciones interpersonales*, “representada por las comunicaciones entre personas que se encuentran físicamente presentes en un lugar determinado”⁶³, y “no solamente son las estrictamente privadas, sino, en general, todas aquellas mediante las cuales se establezca comunicación entre las personas y cuyo contenido no está destinado a ser difundido a terceros”⁶⁴. En particular las comunicaciones interpersonales llevadas a cabo por un condenado a través de locutorios celulares⁶⁵. En estos casos, el contenido constitucional del secreto de las comunicaciones tiene una doble exigencia: “de una parte, tomar las precauciones que garanticen la confidencialidad de las entrevistas con criterios técnicos específicos (realización de barridos electrónicos, infraestructura penitenciaria, entre otros) y de otra, que la aplicación de locutorios –como toda medida restrictiva de derechos– sea dictada por el órgano jurisdiccional sobre la base de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad”⁶⁶.

7) De reunión;

El texto constitucional ha dispuesto que toda persona tiene derecho a “reunirse pacíficamente sin armas” (artículo 2.12 CP)⁶⁷. El derecho de reunión supone el reconocimiento de una serie de facultades a sus titulares, facultades que supondrán la libertad de decidirse una persona en concreto por unirse temporalmente con otras con las que comparte un determinado interés o finalidad para la realización de alguna actividad común. En palabras del Tribunal Constitucional, el derecho de reunión implica “la facultad de toda persona de congregarse junto a otras, en un lugar determinado, temporal y pacíficamente, y sin necesidad de autorización previa, con el propósito compartido de exponer y/o intercambiar libremente ideas u opiniones, defender sus intereses o acordar acciones comunes”⁶⁸.

Estas facultades están reconocidas a la persona individual, aunque es indudable que su ejercicio sólo será posible en conjunción con el ejercicio de la libertad de reunión de otras personas⁶⁹. Como ha manifestado el Tribunal Constitucional español en una declaración plenamente aplicable al caso peruano, se trata de un derecho que es “concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o

⁶² Actualmente el desarrollo constitucional del artículo 10.2 CP en lo referido a las garantías ahí mencionadas es la Ley 27697 y sus modificatorias.

⁶³ EXP. N.º 003–2005–PI/TC, citado, F. J. 360.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Tiene dicho el Tribunal Constitucional que “[l]a implementación de los locutorios es una medida que limita –no elimina– el contacto directo entre el interno y la visita, y su aplicación está relacionada directamente con criterios de seguridad, toda vez que con dicho mecanismo se impide la transmisión de documentos u objetos, que de alguna manera pueden poner en riesgo bienes constitucionales colectivos, tales como la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden, la prevención del delito, entre otros, a los cuales la sociedad en su conjunto tiene derecho”. EXP. N.º 0774–2005–HC/TC, citado, F. J. 9.

⁶⁶ Idem, F. J. 25.

⁶⁷ Derecho también recogido en el artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁶⁸ EXP. N.º 4677–2004–PA/TC, del 7 de diciembre de 2005, F. J. 14.

⁶⁹ Así, “[e]l titular de la libertad de reunión es la persona en concreto; es uno de los derechos naturales del individuo. Pero es una libertad colectiva en el ejercicio, ya que uno no puede reunirse consigo mismo, sino con otros concurrentes al acto de la reunión. La libertad de reunión es una libertad marcadamente social desde el punto de vista de su ejercicio”. SORIANO DÍAZ, Ramón. “Artículo 21.– Derecho de reunión”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Coordinador), *Comentarios a la... ob. cit.*, p. 576.

exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por tanto, un cauce del principio democrático participativo”⁷⁰.

La concurrencia de personas no debe ser casual, sino conocida y libremente querida para hablar del ejercicio del derecho de reunión. La previa concertación diferencia a una reunión de “las meras agregaciones espontáneas”, y conlleva un elemento subjetivo, de conocimiento de la reunión a que se asiste y de la finalidad que ésta persigue⁷¹. Y es que “la agrupación de personas en el derecho de reunión viene caracterizada por la nota esencial de ser una concurrencia concertada en la cual existe un cierto grado de vinculación subjetiva de cada persona interviniente en la reunión con los restantes que participan en la misma”⁷².

Según el Tribunal Constitucional, el contenido constitucionalmente protegido por el derecho de reunión viene configurado por elementos de diverso tipo: “a) Subjetivo: Se trata de un derecho individualmente titularizado, pero sólo susceptible de ejercitarse de manera colectiva. (...) b) Temporal: Una de las características del derecho de reunión es la manifestación temporal o efímera de su ejercicio, incluso en los supuestos en los que tal manifestación sea periódica. Tal característica es uno de los principales factores que permite distinguirlo del derecho de asociación (...) c) Finalista: Es requisito fundamental para el válido ejercicio del derecho de reunión que su finalidad sea lícita. Dicha licitud no sólo debe ser predicable del propósito último de la reunión, sino de los medios cómo éste pretende ser alcanzado. (...) d) Real o espacial: (...) el derecho de reunión es de eficacia inmediata y directa, de manera tal que no requiere de ningún tipo de autorización previa para su ejercicio”⁷³.

8) Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes;

En este apartado se recogen los llamados derechos personalísimos (artículo 2.7 CP)⁷⁴. En lo que respecta al derecho al honor, “su objeto es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás”⁷⁵, y en particular “frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión o información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso puede resultar injuriosa o despectiva”⁷⁶. Se infringe el contenido constitucionalmente protegido del derecho al honor cuando inmerecidamente se atribuye públicamente a un sujeto conductas delictivas o cuasi-delictivas. Así, “la atribución, públicamente, de conductas malintencionadas que lindan con lo ilícito, tales como ‘con el único interés de apropiarse de sus bienes, para beneficio personal’, (...), afecta y es lesiva al derecho fundamental al honor del demandante, más aún si dichas imputaciones que resultan agraviantes se difunden a través de comunicados”⁷⁷.

También se infringe el derecho al honor cuando se pasa a la situación de retiro a un miembro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional “mediante resoluciones no motivadas y arbitrarias, exponiéndose el honor del administrado, pues las causas de su cese quedarán

⁷⁰ STC 85/1988, del 28 de abril, F. J. 2.

⁷¹ GARCÍA MORILLO, Joaquín. “Los derechos políticos”, en AA. VV., *Derecho constitucional*, Vol I, 5ª edición, Tirant lo blanch, Valencia 2002, p. 311.

⁷² STC 85/1988, citada, F. J. 2.

⁷³ EXP. N.º 4677-2004-PA/TC, citado, F. J. 15.

⁷⁴ Derechos recogidos en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷⁵ EXP. N.º 0446-2002-AA/TC, del 19 de diciembre de 2003, F. J. 2.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ EXP. N.º 4241-2004-AA/TC, del 10 de marzo de 2005, F. J. 9.



sujetas a la *interpretación* individual y subjetiva de cada individuo”⁷⁸. En este marco, “la falta de motivación en las resoluciones de pase a retiro por renovación de cuadros implica un desconocimiento de la dignidad de los oficiales afectados, pues no tuvieron siquiera la oportunidad de conocer por qué se truncaba intempestivamente su carrera, la cual podría ser el resultado de un proyecto de vida en el ámbito laboral”⁷⁹.

El ordenamiento jurídico constitucional ha previsto que cuando la afectación al honor se produzca a través de la emisión de mensajes comunicativos, por atribuir falsamente hechos a una persona, el afectado podrá hacer ejercicio de su derecho fundamental a la rectificación de la información. De modo que este derecho aparece como “una vía para hacer valer la responsabilidad ante el ejercicio abusivo de los derechos comunicativos en desmedro del honor de los demás”⁸⁰. Consecuentemente, tiene por finalidad “a la par de contribuir con una correcta formación de la opinión pública libre, el de corregir informaciones sobre hechos inexactos que hayan sido propalados mediante el ejercicio de la libertad de información, esto es, informaciones cuyo carácter material permita determinar que se trata de informaciones no veraces, o que hayan sido formuladas como consecuencia de no observarse una conducta razonablemente diligente para agenciarse de los hechos noticiosos que podrían ser objeto de información”⁸¹.

La rectificación acontece sobre hechos, de modo que el contenido constitucional “no comprende la posibilidad de que en ejercicio de dicho derecho subjetivo se pueda pretender corregir, enmendar, suprimir o simplemente rectificar juicios de valor u opiniones que a través del medio de comunicación social se hubieran transmitido”⁸², pues por su propia naturaleza subjetiva, éstas no pueden ser objeto de una demostración acerca de su exactitud. Por lo demás, en ningún caso el contenido constitucional del derecho de rectificación faculta a quien se dice afectado por las informaciones inexactas a tener la oportunidad de réplica en el medio de comunicación que recoge y difunde la información supuestamente inexacta⁸³.

Muy vinculado al derecho al honor se encuentra el derecho a la imagen, a través del cual se protege el empleo o difusión del aspecto físico ya sea que por las circunstancias pueda calificarse de íntimo o reservado, o ya sea que no⁸⁴. En palabras del Tribunal Constitucional “protege, básicamente, la imagen del ser humano, ínsita en la dignidad de la que se encuentra investido, garantizando el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la imagen física, la voz o el nombre; cualidades definitorias, inherentes e irreductibles de toda persona”⁸⁵.

9) De asociación;

La libertad de asociación viene recogida en el artículo 2.13 CP⁸⁶. Forma parte del contenido constitucional de este derecho fundamental la facultad de decidir libremente reunirse de modo permanente con otros individuos con la finalidad de alcanzar determinados fines previamente acordados y aprobados entre ellos. Se trata del derecho de

⁷⁸ EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, del 5 de julio de 2004, F. J. 44.

⁷⁹ Idem, F. J. 45.

⁸⁰ EXP. N.º 9721-2006-PA/TC, del 30 de noviembre de 2007, F. J. 2

⁸¹ EXP. N.º 0829-1998-AA/TC, del 9 de septiembre de 1999, F. J. 5.a. En el mismo sentido se ha manifestado en la sentencia al EXP. N.º 1308-1999-AA/TC, del 30 de marzo de 2000, F. J. 4.

⁸² Idem, F. J. 5.b.

⁸³ EXP. N.º 1004-1999-AA/TC, del 8 de junio de 2000, F. J. 3.

⁸⁴ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, ob. cit., ps. 296-297.

⁸⁵ EXP. N.º 0446-2002-AA/TC, citado, F. J. 3.

⁸⁶ Derecho reconocido igualmente en el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“crear, establecer o instituir una persona jurídica, para el cumplimiento de un fin de interés común”⁸⁷. Fin que no necesariamente debe ser uno altruista como inicialmente interpretó el Tribunal Constitucional⁸⁸, debido a que el concepto constitucional de asociación no se identifica con el concepto civil de la misma⁸⁹, de modo que “para efectos constitucionales, las finalidades de dicho atributo [asociativo] no sólo se concretan en los consabidos fines no lucrativos, sino en toda clase de objetivos”⁹⁰.

Esta facultad –de la que puede ser titular también una persona jurídica–⁹¹ supone el reconocimiento de una doble libertad. Una de ellas es de signo positivo: “la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas”⁹²; la otra es de signo negativo: “el *derecho de no asociarse*, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella”⁹³. En el ejercicio de esta facultad de libertad juega un papel principal el principio de autonomía de la voluntad, por el que “la noción y pertenencia o no pertenencia a una asociación se sustentan en la determinación personal”⁹⁴. Adicionalmente, para el ejercicio de esta facultad no se requiere ningún tipo de autorización administrativa, de modo que aunque se deba cumplir determinados requisitos para la formalización de la asociación “no se interpreta como que la autoridad sea quien autoriza su funcionamiento, sino únicamente la que supervisa su correcto desempeño de acuerdo a ley”⁹⁵.

Junto a esta facultad de libertad conforma también el contenido constitucional del derecho fundamental de asociación la facultad de autoorganización, es decir, “la facultad de que la asociación creada se dote de su propia organización, la cual se materializa a través del estatuto (...) y, como tal, vincula a todos los socios que pertenezcan a la institución social”⁹⁶. Es por eso que “el estatuto de la asociación debe contener los objetivos a alcanzarse conjuntamente, los mecanismos de ingreso y egreso, la distribución de cargos y responsabilidades, las medidas de sanción, etc.”⁹⁷. Y como contenido necesario de esta facultad de autoorganización “se encuentra el poder disciplinario sobre sus miembros, ya sea contemplando las faltas o estableciendo procedimientos en cuyo seno se determine la

⁸⁷ EXP. N.º 1027–2004–AA/TC, del 20 de mayo de 2004, F. J. 7a.

⁸⁸ Hubo manifestado el Tribunal Constitucional que “la finalidad asociativa no puede sustentarse en la expectativa de obtención de ganancias, rentas, dividendos o cualquier otra forma de acrecentamiento patrimonial de sus integrantes”. EXP. N.º 1027–2004–AA/TC, del 20 de mayo de 2004, F. J. 2.c.

⁸⁹ El artículo 80 del Código Civil prescribe que “[l]a asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo”.

⁹⁰ EXP. N.º 7704–2005–AA/TC, del 6 de diciembre de 2006, F. J. 8.

⁹¹ En palabras del Tribunal Constitucional, “[d]icha facultad es asimilable a las personas jurídicas, las cuales, a su vez, pueden en consenso formar otra de la naturaleza anteriormente descrita”. EXP. N.º 1027–2004–AA/TC, citado, F. J. 7a.

⁹² EXP. N.º 4241–2004–AA/TC, del 10 de marzo de 2005, F. J. 5.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ EXP. N.º 1027–2004–AA/TC, citado, F. J. 2.a. Como excepción a este principio “es posible que el Estado establezca formas de asociación compulsiva. (...). Esta obligación surge de la necesidad de alcanzar específica y concretamente fines públicos de relevancia constitucional. En este contexto, las asociaciones de tipo corporativo y las creadas por mandato constitucional o legal, deben inspirarse en el desarrollo de algún valor, principio o fin de importancia relevante para la comunidad política”. Idem, F. J. 4.

⁹⁵ EXP. N.º 7704–2005–AA/TC, del 6 de diciembre de 2006, F. J. 6.

⁹⁶ EXP. N.º 3312–2004–AA/TC, del 17 de diciembre de 2004, F. J. 11.

⁹⁷ EXP. N.º 1027–2004–AA/TC, citado, F. J. 2.b.



responsabilidad de los asociados, entre los cuales es posible advertir, entre otras, las hipótesis de sanción de separación definitiva”⁹⁸.

Esta organización es necesaria debido a que, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de reunión, en el de asociación existe un necesario elemento temporal durante el cual se desenvolverá la coexistencia de los asociados: “[l]a asociación, organizada a través de una persona jurídica, se constituye con una pluralidad de sujetos en relación coexistencial cuyo propósito es la consecución de determinados fines consensuados. Ello implica una acción de juntamiento con carácter estable a plazo determinado o indeterminado, según la naturaleza y finalidad del acto asociativo”⁹⁹.

10) Al trabajo;

Como todo derecho fundamental, el derecho al trabajo cuenta con una dimensión de libertad y una dimensión prestacional. En lo que respecta a la dimensión de libertad o subjetiva del contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo, esta viene conformada por la libertad de trabajo reconocida en el artículo 2.15 CP. Según este dispositivo constitucional, todas las personas tenemos el derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley. De esta manera, la libertad de trabajo forma parte del derecho al trabajo, más precisamente, define la dimensión subjetiva o de libertad del mencionado derecho. La libertad de trabajo atribuye a su titular la libertad de elegir libremente acceder a un puesto de trabajo y elegir libremente permanecer en él. Esta libertad ha sido definida por el Tribunal Constitucional “como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella”¹⁰⁰. La libertad de trabajo concede a su titular una serie de facultades de acción, entre ellas habrá que destacar “la de trabajar o no hacerlo, la de establecer en qué actividad se va a ocupar, la de determinar si va a trabajar para sí o para otro y, en este último caso, la de precisar a favor de quien”¹⁰¹. Esta libertad de trabajo deberá desarrollarse con sujeción a exigencias “vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público”¹⁰². De esta manera, el poder estatal adquiere el deber de “garantizar la libertad de elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para la subsistencia”¹⁰³.

Pero el contenido del derecho al trabajo involucra también la parte propiamente *social* del derecho. El contenido prestacional del derecho al trabajo tiene un componente doble. Por un lado implica el derecho de acceso y por otro el derecho de permanencia. En lo que respecta al derecho de acceso y con base en los artículos 23 CP y de la 11ª Disposición final y transitoria CP, se puede concluir que el Estado no se compromete a otorgar a las personas un concreto puesto de trabajo. A lo que se compromete es a plantear y ejecutar políticas dirigidas a promover la creación de puestos de trabajo. El derecho al trabajo “supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado”¹⁰⁴. En estas circunstancias, el derecho de acceso a un concreto puesto de trabajo no es exigible al

⁹⁸ Idem, F. J. 12.

⁹⁹ EXP. N.º 1027-2004-AA/TC, del 20 de mayo de 2004, F. J. 6.b.

¹⁰⁰ EXP. N.º 0008-2003-AI/TC, citado, F. J. 26.c.

¹⁰¹ NEVES MUJICA, Javier. “Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo”, en *Asesoría laboral*, n.º 137, mayo 2002, p. 10.

¹⁰² EXP. N.º 0008-2003-AI/TC, citado, F. J. 26.c.

¹⁰³ EXP. N.º 2802-2005-PA/TC, del 14 de noviembre de 2005, F. J. 2.

¹⁰⁴ EXP. N.º 1124-2001-AA/TC, del 11 de julio de 2002, F. J. 12.

Estado, en otras palabras, éste no tiene la obligación de otorgar a las personas concretos puestos de trabajo, por lo que no procede interponer una demanda de amparo para conseguirlo. Así, no es de recibo el hecho que “cada individuo podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo”¹⁰⁵.

En lo que respecta al derecho de permanencia se ha de mencionar que el trabajador tiene adecuada protección contra el despido arbitrario en los términos que lo disponga la ley (artículo 27 CP), y ésta ha determinado que la adecuada protección es la indemnización¹⁰⁶. De esta prescripción legal ha dicho el Tribunal Constitucional que no es inconstitucional¹⁰⁷, de modo que ella forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo. Aunque se equivoca el Supremo intérprete de la Constitución al hacer depender esa adecuada protección con la voluntad del trabajador, de modo que en definitiva lo adecuado o no de la protección vendrá definida por el trabajador y no por el legislador como lo ha dispuesto el constituyente peruano¹⁰⁸.

11) De sindicación, negociación colectiva y huelga;

Estos derechos están recogidos en el artículo 28 CP¹⁰⁹. En lo que respecta a la libertad sindical, conforman su contenido constitucionalmente protegido “la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. [Y] la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones”¹¹⁰. Debido a que históricamente el ejercicio de este derecho ha sido asumido como contrario a los intereses del empleador, forma parte del contenido constitucional “la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga”¹¹¹. Complementariamente, a este contenido constitucional “deben añadirse todos aquellos derechos de actividad o medios de acción que resulten necesarios, dentro del respeto a la Constitución y la ley, para que la organización sindical cumpla los objetivos que a su propia naturaleza corresponde, esto es, el desarrollo, protección y defensa de los

¹⁰⁵ EXP. N.º 2016–2004–AA/TC, citado, F. J. 31.

¹⁰⁶ En el artículo 38 del D. S. 003–97–TR, Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el legislador ha dispuesto que “[l]a indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”.

¹⁰⁷ Ha mencionado el Tribunal Constitucional que “el artículo 34 del Decreto Legislativo N.º 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador –vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995–, ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional”.

EXP. N.º 0976–2001–AA/TC, citado, F. J. 12.a.

¹⁰⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo”, en Idem, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, Grijley, Lima 2008, ps. 213–226.

¹⁰⁹ Derechos que a su vez han sido recogidos en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 8.1 del Protocolo de San Salvador, en el Convenio n.º 87 OIT relativo a la Libertad sindical y a la protección del Derecho de sindicación; y el Convenio n.º 98 OIT relativo a la aplicación de los principios del Derecho de sindicación y de negociación colectiva.

¹¹⁰ EXP. N.º 1124–2001–AA/TC, citado, F. J. 8.

¹¹¹ Ibidem.



derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros”¹¹².

Los sindicatos gozan de una serie de medios para alcanzar sus objetivos, entre los que destacan precisamente la negociación colectiva y la huelga¹¹³. En lo que respecta a la negociación colectiva, el elemento principal que se ha de tomar en consideración para definir su contenido constitucional es el artículo 4° del Convenio N.º 98, el mismo que “constituye un precepto hermenéutico fundamental al cual debe acudir para informarse respecto del contenido esencial de la negociación colectiva, tomando siempre en consideración que uno de sus fines principales es mejorar las condiciones de vida y de trabajo de sus destinatarios”¹¹⁴. En el mencionado precepto se ha ordenado que en los Estados vinculados por el mencionado Convenio “[d]eberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

El Estado no sólo está obligado a no prohibir o a no interferir en la negociación colectiva entre trabajadores y empleador, sino que está en la obligación de promover y fomentar este tipo de acercamiento entre los sujetos de la relación laboral. De modo que “si bien esta labor de fomento y promoción de la negociación colectiva, implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, ante situaciones de diferenciación admisible, el Estado debe realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, pudiendo otorgar determinado ‘plus de tutela’ cuando ésta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva”¹¹⁵.

Y finalmente, en lo referido al derecho de huelga, su contenido constitucional faculta a “la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores”¹¹⁶. Esta facultad, no obstante, no es ilimitada, de modo que se exige que “esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo”¹¹⁷. Es así que en ejercicio de este derecho fundamental, el trabajador –titular del derecho– tiene la facultad de “desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico–contractuales, a efectos de poder alcanzar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio–económicas o laborales”¹¹⁸.

12) De propiedad y herencia;

Los derechos a la propiedad y a la herencia han sido reconocidos expresamente en el texto constitucional peruano (artículo 2.16 CP)¹¹⁹. En lo que respecta al primero, en el

¹¹² EXP. N.º 1469–2002–AA/TC, del 23 de julio de 2004, F. J. 5.

¹¹³ MESÍA RAMÍREZ, Carlos, *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima 2004, p. 287.

¹¹⁴ EXP. N.º 0261–2003–AA/TC, del 26 de marzo de 2003, F. J. 3.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ EXP. N.º 0008–2005–PI/TC, del 12 de agosto de 2005, F. J. 40.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Respecto de la herencia se ha dicho que “parece ser un derecho de naturaleza legal (...). Si la Constitución desde el plano formal le dispensa un tratamiento de derecho constitucional de naturaleza fundamental, se debe a su directa vinculación con la propiedad. Por consiguiente, la herencia debe entenderse como el derecho a gozar

artículo 70 CP se ha establecido que “[e]l derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza”¹²⁰. En virtud de la dimensión subjetiva o de libertad del derecho de propiedad, se reconocen un conjunto de facultades de acción y de disposición a favor de su titular¹²¹. En clara referencia a esta dimensión subjetiva, el Tribunal Constitucional ha definido el derecho de propiedad “como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, (...) e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno”¹²². Complementariamente, el derecho de propiedad otorga a sus titulares la facultad “para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa”¹²³.

En su dimensión objetiva o prestacional, el poder público adquiere una serie de deberes de promoción del pleno ejercicio de este derecho. Sin duda que no es suficiente saberse titular del derecho de propiedad “sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho”¹²⁴. Pues bien, esta obligación estatal de brindar las garantías que permitan institucionalizar el derecho de propiedad es fruto del reconocimiento de su dimensión objetiva o prestacional.

El derecho de propiedad debe ejercerse en armonía con otros derechos fundamentales y bienes constitucionales y, en particular, acorde con su función social. Así, “la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestas por el interés general”¹²⁵; de modo que el propietario debe reconocer en su propiedad “la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía”¹²⁶.

A partir de aquí se puede afirmar que esta función social se convierte en uno de los principales elementos que se ha de tener en cuenta al momento de delimitar el contenido constitucional del derecho fundamental. Dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, el contenido constitucional del derecho de propiedad tendrá un contenido u otro. Es así que se ha de reconocer que el ejercicio del derecho de propiedad “importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar: El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos. El derecho de propiedad individual

de los atributos de la propiedad que se adquiere por *mortis causa*”. MESÍA RAMÍREZ, Carlos, *Exégesis del Código...*, ob. cit., p.292.

¹²⁰ El reconocimiento del derecho de propiedad aparece también en las normas internacionales sobre Derechos Humanos. Así en el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹²¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El derecho de propiedad como objeto de protección del proceso de amparo”, en *Normas Legales*, Tomo 360, mayo 2006, ps. 165–180.

¹²² EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, citado, F. J. 26.a.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Ibidem.



con el ejercicio de las restantes libertades individuales. El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común”¹²⁷.

Adicionalmente, se ha de tomar en consideración que en el texto constitucional peruano a la regla general de que la propiedad es inviolable, se le puede plantear una excepción: una concreta propiedad podrá ser privada de su titular cuando así lo requiera la seguridad nacional o la necesidad pública. En estas situaciones el poder político puede privar de su propiedad a un particular, si es que han concurrido los siguientes dos elementos. Primero, que la situación de seguridad nacional o de necesidad pública, así como la conveniencia de la expropiación haya sido declarada por ley; y segundo, que la expropiación se llegue a ejecutar sólo después de pagada la indemnización justipreciada (artículo 70 CP). De esta manera surge la consideración siguiente: cuando se trate de expropiar un bien, forma parte del contenido constitucional del derecho de propiedad, que la transferencia obligatoria de la propiedad deba producirse sólo en razón de la seguridad nacional o la necesidad pública determinada a través de una ley, y siempre que se haya pagado previamente el equivalente económico del bien expropiado¹²⁸.

13) De petición ante la autoridad competente;

Este derecho viene recogido en el artículo 2.20 CP, y tiene por sujeto activo a “cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera”¹²⁹; y por sujeto pasivo u obligado a “cualquier órgano u organismo estatal (...) toda aquella autoridad pública que [el sujeto activo] entiende competente para satisfacer su pretensión”¹³⁰. Se han admitido al menos dos modalidades de ejercicio de este derecho: el derecho de petición simple y el derecho de petición calificado. El primer tipo “se refiere a la formulación de denuncias sobre irregularidades administrativas, alguna iniciativa, quejas, súplicas u otras manifestaciones en las que no se encuentre en juego un derecho subjetivo o interés legítimo directo del peticionante, y en las que, en todo caso, la decisión de la autoridad tenga un amplísimo margen de discrecionalidad o sea graciable”¹³¹. El segundo tipo “implica la adopción de un acto o decisión concretos por parte de la autoridad, basado en la solicitud o reclamo planteados por el peticionante. Contrariamente a lo que ocurre con el anterior, lo que resuelva la autoridad tendrá consecuencias sobre algún derecho subjetivo o interés legítimo del actor”¹³².

En uno u otro caso, cualquier persona tiene el derecho de “solicitar o peticionar algo, bien sea iniciando un procedimiento, contradiciendo actos administrativos, pidiendo informaciones, formulando consultas o presentando solicitudes a cualquiera de los órganos de la Administración, sin que en él se incluya el derecho a obtener una respuesta *favorable* a lo solicitado”¹³³. Y adicionalmente implica “la exigencia de que se admita el escrito al que se incorpora la petición, se le dé el curso debido, se exteriorice el hecho de la recepción y se comunique al interesado (peticionante) la resolución que se adopte, sin que ello incluya su ‘derecho’ a obtener una respuesta favorable”¹³⁴. La respuesta debe ser dada en todo caso, sea cual fuese el contenido de la misma, pues la autoridad competente “está obligada a dar al interesado una respuesta, también escrita, dentro del plazo legal, independientemente de

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ EXP. N.º 0031-2004-AI/TC, del 23 de septiembre de 2004, F. J. 3.

¹²⁹ EXP. N.º 1042-2002-AA/TC, del 6 de diciembre de 2002, F. J. 2.2.3.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ EXP. N.º 0941-2001-AA/TC, del 19 de agosto de 2002, F. J. 2.

¹³² Ibidem.

¹³³ EXP. N.º 0551-2001-AA/TC, del 23 de julio de 2002, F. J. 3.

¹³⁴ EXP. N.º 0151-1999-AA/TC, del 8 de marzo de 2000, F. J. 1.

que la respuesta sea favorable o desfavorable”¹³⁵. Y es que, “[l]a respuesta de la autoridad es un elemento fundamental que da sentido y solidez al derecho de petición”¹³⁶.

En la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) pueden encontrarse algunos tipos de petición que pueden ser objeto del derecho que ahora se comenta: la *petición graciosa*, (artículo 112.1 LPAG), modalidad que “originó el establecimiento del derecho de petición, en razón de que la petición no se sustenta en ningún título jurídico específico, sino que se atiene a la esperanza o expectativa de alcanzar una gracia administrativa”¹³⁷; la *petición subjetiva* (artículo 107.1 LPAG), modalidad que “se encuentra referida a la solicitud individual o colectiva que tiene por objeto el reconocimiento administrativo de un derecho administrativo; es decir, conlleva a la admisión de la existencia de una facultad o atribución para obrar o abstenerse de obrar y para que el administrado peticionante haga exigible a terceros un determinado tipo de prestación o comportamiento”¹³⁸; la *petición cívica* (artículo 108.1 LPAG), definida como “aquella que se encuentra referida a la solicitud individual o colectiva que tiene por objeto el reconocimiento administrativo de un derecho administrativo”¹³⁹; la *petición informativa* (artículo 110.1 LPAG); y finalmente la *petición consultiva* (artículo 111.1 LPAG).

14) De participación individual o colectiva en la vida política del país;

Este derecho constitucional se encuentra recogido en el artículo 2.17 CP, en cuya primera parte se ha establecido que toda persona tiene derecho “[a] participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”¹⁴⁰. Aunque el Código procesal Constitucional hace referencia solamente a la participación en la vida política del país, el derecho protegible a través del amparo no se circunscribe sólo a este ámbito, sino que se extiende también a los ámbitos económico, social y cultural. *Mutatis mutandi*, por tanto, todo lo que se pueda predicar de aquél, debe ser igualmente referido de éstos.

El derecho de participación en la vida política del país implica los distintos modos en que los ciudadanos “toman parte en la actividad estatal o en las organizaciones políticas para elaborar, tomar y ejecutar las decisiones políticas imputables al Estado, ya sea en forma *directa, semidirecta, indirecta o funcional*”¹⁴¹. Por ello es la base sobre la cual se desprende el reconocimiento de otros derechos políticos, como los expresamente recogidos en la segunda parte del artículo 2.17 CP, al punto que ha llevado al Tribunal Constitucional a considerarlo como “una garantía institucional, en la medida en que promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya en forma individual, ya en forma asociada”¹⁴². La forma colectiva de ejercicio de este derecho fundamental ocurre “por medio de asociaciones que se fundan con tal fin o de otros grupos de personas que deciden –sin un carácter de permanencia y especificidad, para el ejercicio de la acción pública, como son los partidos

¹³⁵ EXP. N.º 0872–1999–AA/TC, del 5 de julio de 2000, F. J. 2.

¹³⁶ EXP. N.º 2901–2002–AA/TC, del 24 de enero de 2003, F. J. 6.

¹³⁷ EXP. N.º 1042–2002–AA/TC, citado, F. J. 2.2.1.a.

¹³⁸ Idem, F. J. 2.2.1.b.

¹³⁹ Idem, F. J. 2.2.1.c.

¹⁴⁰ Complementariamente, en las normas internacionales se ha dispuesto el reconocimiento de este derecho de participación. Así, en el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁴¹ MESÍA RAMÍREZ, Carlos, *Exégesis del Código...*, ob. cit., p. 295

¹⁴² EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, citado, F. J. 5.



políticos— participar en la vida política de la nación”¹⁴³. Y siempre en referencia a la vida política, tiene manifestado el Tribunal Constitucional que “[l]a inhabilitación política despliega sus efectos sobre los derechos políticos que son aquellos mediante los cuales los ciudadanos participan en la formación y dirección de las actividades del Estado; son, por tanto, derechos que permiten a los ciudadanos participar en la vida política y pública”¹⁴⁴. Se trata de una sanción política que incide sobre los derechos políticos “en dos ámbitos: material y temporal. En el aspecto sustantivo, los efectos de la inhabilitación impiden al funcionario público sancionado ejercer el derecho de sufragio (elegir y ser elegido), el derecho de participación y el derecho a fundar, organizar, pertenecer o representar a una organización o partido político, movimiento o alianza”¹⁴⁵.

15) A la nacionalidad;

El derecho a la nacionalidad, que puede ser titularizado también por una persona jurídica¹⁴⁶, está reconocido en el artículo 2.21 CP¹⁴⁷. La nacionalidad puede definirse como el vínculo jurídico que liga a una persona con una comunidad política determinada y a través del cual se le atribuye una serie de derechos y de obligaciones. Estos derechos y obligaciones si bien son esencialmente de orden político, los hay también personales como la de libre entrada y salida del territorio del Estado del cual se es nacional. Esta vinculación es necesaria en la medida que evita la existencia de apátridas, es decir, de personas que son extranjeras en todas las comunidades políticas y que, consecuentemente, no tienen respecto de ninguna de ellas derechos ni obligaciones, ni la protección que el Estado está destinada a proporcionar a sus nacionales¹⁴⁸.

El contenido constitucional de este derecho fundamental faculta al titular a ser considerado como miembro de una comunidad política para referir de ella una serie de derechos y deberes¹⁴⁹. Esta facultad se obtiene una vez cumplidas las exigencias constitucionales y legales para ser considerado como nacional peruano; y una vez adquirida la nacionalidad, faculta a impedir el despojo de la misma, ya que la nacionalidad peruana se pierde sólo por renuncia expresa (artículo 53 CP). También forma parte del contenido constitucional de este derecho el adquirir o recuperar la nacionalidad peruana cuando se han cumplido los requisitos legales previstos para ello. De modo que para la determinación del contenido constitucional del derecho a la nacionalidad habrá que tomar en consideración la Ley 27532 (y sus modificatorias).

En este contexto se ha de recordar que la Comisión de Derechos Humanos en su resolución 48/1998 del 17 de abril de 1998, ha reconocido que la privación arbitraria de la nacionalidad por motivos raciales, nacionales, étnicos, religiosos o de sexo es una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales; por lo que ha hecho *un llamamiento* a todos los Estados para que se abstengan de adoptar medidas y de promulgar

¹⁴³ BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución de las garantías constitucionales*. Fe de Erratas, 2ª edición actualizada, 2000, p. 278.

¹⁴⁴ EXP. N.º 3760-2004-AA/TC, del 18 de febrero de 2005, F. J. 19.

¹⁴⁵ Idem, F. J. 20.

¹⁴⁶ EXP. N.º 4972-2006-PA/TC, citado, F. J. 14.r.

¹⁴⁷ Se trata de un derecho igualmente reconocido en la norma internacional, como en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁴⁸ Como se ha afirmado, “[e]l mundo está dividido territorialmente en Estados; en consecuencia, adquirir la nacionalidad de uno de ellos resulta fundamental para cualquier persona. Si no fuera así, sería un extranjero en todas las sociedades políticamente organizadas del mundo y no podría ser protegido ni ejercer sus derechos políticos en ninguna de ellas”. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de...*, ob. cit., p. 160.

¹⁴⁹ DEL POZO GOICOHEA, Claudia, “Derecho a la nacionalidad”, en AA. VV. *La Constitución Comentada*, Gaceta Jurídica – Congreso de la República del Perú, primera reimpresión, febrero de 2006, ps. 202 y siguientes.

leyes que discriminen contra personas o grupos de personas por motivos de raza, color, sexo, religión u origen nacional o étnico impidiendo o menoscabando el ejercicio en pie de igualdad de su derecho a una nacionalidad, especialmente si hace apátrida a una persona, y a que revoquen esas leyes si ya están vigentes¹⁵⁰.

16) De tutela procesal efectiva;

La expresión “tutela procesal efectiva” no ha sido recogida en el texto constitucional, sino que empezó a ser utilizada por el Tribunal Constitucional primero y luego por el Código Procesal Constitucional. En la primera oportunidad que el Supremo intérprete de la Constitución empleó esta categoría jurídica lo hizo para sustituir otra: “el debido proceso”. En referencia al juez natural, dijo el Alto Tribunal que “[d]icho derecho es una manifestación del derecho al “debido proceso legal” o, lo que con más propiedad, se denomina también “tutela procesal efectiva”¹⁵¹; para inmediatamente después definir la tutela procesal efectiva como compuesta por “un diverso haz de atributos, que si inicialmente surgieron como garantías del individuo dentro de un proceso, ahora se ha convertido en una institución que asegura la eficacia de la potestad jurisdiccional del Estado”¹⁵². Posteriormente complementó el Tribunal Constitucional este criterio mencionando que “el derecho de acceso a la justicia (...) forma parte del contenido del derecho de tutela judicial efectiva”¹⁵³. Esto mismo ha sido recogido en el Código Procesal Constitucional al establecer que la tutela procesal efectiva está compuesta por el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso (artículo 4 CPConst.)¹⁵⁴.

Sobre el derecho de acceso a la justicia, tiene una dimensión de libertad por la cual se posibilita “a las personas –entre otros– el libre e igualitario acceso a la jurisdicción para la tutela de sus derechos”¹⁵⁵; mientras que en su dimensión objetiva o prestacional “supone una actuación del Estado a fin de eliminar todas las barreras que limiten, restrinjan o impidan este acceso libre e igualitario a los órganos jurisdiccionales”¹⁵⁶. De modo que, siempre en esta última dimensión, el derecho de acceso a la justicia “no se agota en prever mecanismos de tutela, en abstracto, sino que supone posibilitar al justiciable la obtención de un resultado óptimo con el mínimo de empleo de actividad procesal, con la intención de permitirle acceder de modo real al servicio de justicia y obtenerla en el menor tiempo y al menor costo posible”¹⁵⁷.

En lo que respecta al derecho al debido proceso, se ha de empezar reconociendo que se trata de un derecho genérico: está “caracterizado como un derecho genérico hacia cuyo interior se individualizan diversas manifestaciones objetivamente reconocidas en la Constitución”¹⁵⁸. Afirmado esto, se ha de reconocer inmediatamente que el contenido constitucionalmente protegido del derecho viene conformado por dos dimensiones “una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran

¹⁵⁰ Cfr. puntos 2 y 3 de la mencionada resolución.

¹⁵¹ EXP. N.º 0290–2002–HC/TC, del 6 de enero de 2003, F. J. 8.

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ EXP. N.º 1087–2004–AA/TC, del 20 de setiembre de 2004, F. J. 3.

¹⁵⁴ El contenido de la categoría tutela procesal efectiva puede hallarse también en la norma internacional que sobre Derechos Humanos es vinculante para el Perú. Así en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁵⁵ EXP. N.º 1087–2004–AA/TC, del 20 de setiembre de 2004, F. J. 2.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ Idem, F. J. 3.

¹⁵⁸ EXP. N.º 0665–2000–HC/TC, del 19 de enero de 2001, F. J. 4.



tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”¹⁵⁹.

17) A la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos;

Lo mismo que en algunas disposiciones de la norma internacional sobre Derechos Humanos vinculante para el Perú¹⁶⁰, la dimensión social o prestacional del derecho a la educación ha sido expresamente reconocida en el texto constitucional¹⁶¹: se ha establecido la obligatoriedad de la “educación inicial, primaria y secundaria” (primera parte del artículo 17 CP). Pero es una obligatoriedad en cuya satisfacción le corresponde jugar un papel importante el Poder político, por lo que –complementariamente– el Constituyente peruano le ha ordenado “asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas” (primera parte del artículo 16 CP). Para dar cumplimiento a la obligatoriedad y para indicarle el cumplimiento del deber estatal, el Constituyente peruano ha dispuesto también que “[e]n las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación” (artículo 17 CP). La efectiva eficacia y satisfacción de este contenido prestacional del derecho a la educación necesita de la existencia de recursos públicos. A nadie escapa el hecho que el contenido prestacional de los derechos sociales y económicos significa una serie de exigencias cuyo pleno cumplimiento está supeditado a que el Poder público cuente con los recursos financieros suficientes para ello¹⁶². En definitiva, el Estado peruano tiene la obligación constitucional de orientar el desarrollo del país según una economía social de mercado, en la cual el Estado “actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura” (artículo 58 CP).

La dimensión de libertad del derecho a la educación viene a estar constituida por una serie de facultades de acción que deben ser predicadas de todos los sujetos de una relación educacional¹⁶³. Estos sujetos son, al menos, los siguientes: el estudiante, el docente, el titular del centro docente cuando se trata de un centro privado, y los padres de los estudiantes. La dimensión de libertad trae consigo exigencias distintas según se prediquen de uno u otro sujeto: “para el estudiante, el principio de libertad significará el respeto a su libertad de conciencia (artículo 14 CP), el derecho a una formación que respete su identidad, así como al buen trato psicológico y físico (artículo 15 CP). Para el docente, el principio de libertad significará la libertad de organizar y dar su docencia según su técnica, aunque siempre

¹⁵⁹ EXP. N.º 8125–2005–PHC/TC, del 14 de noviembre de 2005, F. J. 6.

¹⁶⁰ En el mismo sentido en el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁶¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La dimensión objetiva o prestacional del derecho fundamental a la educación”, en Idem, *Derechos fundamentales...*, ob. cit., ps. 1775–199.

¹⁶² Es así que se entiende que en la norma internacional obligatoria para el Perú se haya dispuesto en general que “[l]os Estados Partes *se comprometen* a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, *para lograr progresivamente* la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). La cursiva de la letra es añadida.

¹⁶³ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La dimensión subjetiva o de libertad del derecho a la educación”, en Idem, *Derechos fundamentales...*, ob. cit., ps. 157–176.

dentro de los lineamientos generales y concretos planes de estudio que la autoridad administrativa correspondiente pueda formular (artículo 16 CP), así como dentro de las exigencias que suponen los principios constitucionales (artículo 14 CP). Esta libertad, para cuando se trata del docente universitario, suele llamarse libertad de cátedra (artículo 18 CP). Para los titulares de centros docentes supone la libertad de fundar, promover y conducir instituciones educativas (artículo 15 CP). Y para los padres de familia significará el derecho de escoger los centros de educación y el derecho de participar en el proceso educativo (artículo 13 CP)”¹⁶⁴. Estas exigencias llevan a hablar de la vigencia del principio de libertad en el sistema educativo peruano.

18) De impartir educación dentro de los principios constitucionales;

Toda la actividad educativa que pueda realizarse al interior del sistema educativo peruano tiene constitucionalmente reconocida una finalidad: “[l]a educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana” (artículo 13 CP)¹⁶⁵. En palabras del Tribunal Constitucional, “el proceso de educación es permanente y tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad”¹⁶⁶. Y se acierta al definir así la finalidad de la actividad educativa ya que al ser el hombre una realidad inacabada que tiende y busca la perfección, ésta se logrará fundamentalmente a través de la educación, ya que “la educación es un proceso de ayuda al hombre con el fin de capacitarle para realizar una vida verdaderamente humana. Pensando en la vida de un hombre en singular, la educación se entiende como proceso de ayuda con el fin de capacitarle para formular y realizar su propio proyecto personal de vida”¹⁶⁷; proceso que si bien irá dirigido hacia todas las facultades del hombre “incidirá de manera singular en aquellas facultades o potencias específicamente humanas”¹⁶⁸ como son la razón y la voluntad libres.

Esta actividad educativa debe desenvolverse de acuerdo a una serie de principios políticos (los propios de una convivencia democrática, que hace de la sociedad una libre al favorecer la comprensión y la tolerancia entre sus miembros)¹⁶⁹; y jurídicos (respeto a la

¹⁶⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El principio de libertad en el sistema educativo*. Universidad de Piura – Ara editores, Lima 2004, p. 74.

¹⁶⁵ Se ha dispuesto en el artículo 26.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que “[l]a educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”. En el mismo sentido en el artículo 13.2 del Protocolo de San Salvador; el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el artículo 47 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁶⁶ EXP. N.º 2537–2002–AA/TC, del 02 de diciembre de 2002, F. J. 2. Finalidad que ya había sido reconocida en el EXP. N.º 0268–1996–AA/TC, del 20 de enero de 1998, F. J. 3. El constituyente español –como ya se adelantó– ha previsto para la actividad educativa, una finalidad muy parecida. Así, se puede leer en el artículo 27.2 CE que “2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

¹⁶⁷ GARCÍA HOZ, Víctor. “La libertad de educación y la educación para la libertad”, en *Persona y Derecho*, nº 6, 1979, p. 13.

¹⁶⁸ ZUMAQUERO, José Manuel. *Los derechos educativos en la Constitución Española de 1978*, EUNSA, 1984, p. 241.

¹⁶⁹ De alguna manera esta íntima relación entre derechos fundamentales y sistema democrático de derecho la ha presentado el Tribunal Constitucional español al definir la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales: “[p]ero al propio tiempo, son [los derechos fundamentales] elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social de derecho o en el Estado social y democrático de derecho” STC 25/1981, del 14 de julio, F. J. 5.



persona humana: a su dignidad y derechos fundamentales)¹⁷⁰. Así, será inconstitucional aquella actividad educativa que promueva valores distintos a los democráticos y que favorezca la violación de los derechos humanos. Del mismo modo, será inconstitucional aquella actividad educativa que se desarrolle al margen o contraviniendo los principios democráticos de convivencia o violando derechos constitucionales de los distintos sujetos de una relacional educacional. Como bien ha dispuesto el constituyente peruano, “[l]a enseñanza se imparte, en todos los niveles, con sujeción a los principios constitucionales” (artículo 14 CP). Y para favorecer el cumplimiento de este mandato, se ha establecido que “la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar” (tercer párrafo del artículo 14 CP). Esto en buena cuenta significa que se está otorgando a la actividad educativa, pública y privada, un contenido político y jurídico determinado, una suerte de “ideología básica” en la actividad educativa¹⁷¹ o, lo que es lo mismo, se están presentando “límites al pluralismo ideológico en materia educativa”¹⁷². Esta ideología o esos límites, se debe insistir una vez más, sólo serán permitidos si son constitucionales y la constitucionalidad –en este caso– pasa especialmente por el respeto a los valores democráticos y el respeto a los distintos derechos de la persona.

19) A la seguridad social;

En la Constitución peruana se ha dispuesto que el Estado peruano “reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida” (artículo 10 CP)¹⁷³. Complementariamente, el Estado peruano “garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento” (artículo 11 CP)¹⁷⁴. En la determinación del contenido constitucional del derecho a la seguridad social juega un papel principal su doble finalidad: “por un lado, proteger a la persona frente a determinadas contingencias, y por el otro, elevar su calidad de vida, lo cual se concreta a través de los distintos regímenes de pensiones que pudieran establecerse, así como de la pensión que, en este caso, resulta ser el medio fundamental que permite alcanzar dichos fines”¹⁷⁵. No sólo el criterio teleológico ayuda a definir el contenido constitucional de un derecho fundamental, sino que hay que recordar también que es un contenido que tiene un doble ámbito de significación: un ámbito subjetivo o de libertad; y un ámbito objetivo o prestacional.

¹⁷⁰ Afirmará Zumaquero que “la mención que se hace de los derechos y libertades fundamentales debe entenderse como una especificación de los campos en los que se hace imprescindible el ejercicio del espíritu de convivencia, por suponer esos derechos y libertades los principios mínimos y básicos de la convivencia social”. ZUMAQUERO, José Manuel. *Los derechos educativos...*, ob. cit., p. 273.

¹⁷¹ A decir de Begué Cantón, pueden ser considerados “como una especie de ‘ideología básica’ consensuada y que han de informar positivamente la enseñanza, tanto en los centros públicos como en los privados”. BEGUÉ CANTÓN, Gloria. “Libertad de enseñanza”, en *XII Jornadas de estudio. Los derechos fundamentales y las libertades públicas (I)*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992 ob. cit. 1225.

¹⁷² Así dirá Garrido Falla que esto “significa obviamente el establecimiento de límites al pluralismo ideológico en materia educativa, y, por consiguiente, al neutralismo absoluto pues, por ejemplo, resultaría contraria a la Constitución una enseñanza de carácter antidemocrático o defensora del racismo o la esclavitud”. GARRIDO FALLA, Fernando. *Comentarios a la Constitución española*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1985, p. 550.

¹⁷³ Sobre los principios constitucionales y marco constitucional en el que deberá desenvolverse la seguridad social véase a TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, “Principios de la seguridad social”, en AA. VV., *Jurisprudencia y doctrina constitucional en materia previsional*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional – Gaceta Jurídica, Lima 2008, ps. 303–314.

¹⁷⁴ Este derecho constitucional está igualmente reconocido en la norma internacional: Cfr. artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 13 del Protocolo de San Salvador; y el Convenio 102 OIT, Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social, ratificado por el Perú el 23 de agosto de 1961.

¹⁷⁵ EXP. N.º 1396–2004–AA/TC, del 9 de noviembre de 2004, F. J. 3.

La dimensión de libertad del referido derecho fundamental está configurada por la libertad de acceso a los distintos regímenes de seguridad tanto públicos y como privados. Esta dimensión subjetiva es la que puede ser inmediatamente protegida por el amparo en cuanto surjan situaciones de presión tendientes a obligar a alguien a que se afilie a una entidad concreta prestadora de la seguridad social. Mientras que su dimensión prestacional, es la que precisamente genera las mayores dificultades, debido a que por tratarse de un derecho social “la incidencia estatal no sólo resulta recomendable, sino, en determinados casos, medular y obligatoria”¹⁷⁶. En este contexto acierta el Tribunal Constitucional cuando manifiesta que “la seguridad social es un derecho humano fundamental, que supone el derecho que le asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos mediante los cuales pueda tener una existencia en armonía con su dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado”¹⁷⁷.

La determinación del contenido constitucionalmente protegido demanda también la consideración de que el derecho a la seguridad social es un derecho de configuración legal¹⁷⁸, de modo que lo decidido por el legislador en lo atinente a la esencia del derecho pasará a formar parte del mencionado contenido constitucional¹⁷⁹. Este contenido “se encuentra conformado fundamentalmente por los siguientes aspectos: En primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social, lo cual no significa que sea irreformable, sino que su reforma requeriría de una mayor carga de consenso en cuanto a su necesidad, oportunidad y proporcionalidad. En segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. En tercer lugar, por el principio de solidaridad, explicado *supra*, que es portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social”¹⁸⁰.

2o) De la remuneración y pensión;

Sobre el derecho a la remuneración, la norma constitucional ha manifestado que “[e]l trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual” (artículo 24 CP)¹⁸¹; y sobre el derecho a la pensión ha reconocido que “[e]l Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones” (artículo 11 CP).

Sobre el derecho fundamental a la pensión se ha de empezar afirmando su naturaleza de derecho de configuración legal, de modo que –como acontecía con el derecho a la seguridad social– la decisión del legislador que conforma la esencia del derecho deja de ser

¹⁷⁶ EXP. N.º 0011–2002–AI/TC, citado, F. J. 10.

¹⁷⁷ EXP. N.º 2186–2002–AA/TC, del 4 de diciembre de 2002, F. J. 2.

¹⁷⁸ En palabras del Tribunal Constitucional, “[s]e trata de un derecho de configuración legal, esto es, que a través de la ley se precisan los requisitos y condiciones que se deben cumplir a efectos de gozar de los beneficios que cada uno de los regímenes previsionales establece en cada caso en particular”. EXP. N.º 1396–2004–AA/TC, citado, F. J. 6.

¹⁷⁹ El derecho a la seguridad social “para poder operar directamente, a diferencia de un derecho fundamental clásico, requiere de configuración legal. Es decir, la ley constituye fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido”. EXP. N.º 00050–2004–AI, del 3 de junio de 2005, F. J. 55.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ En esta misma línea de aseguramiento de una remuneración se ha dirigido el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 7 del Protocolo de San Salvador, y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos sociales y culturales.



contenido legal para convertirse en contenido constitucional¹⁸². El Tribunal Constitucional, como Máximo intérprete de la constitucionalidad, ha tenido oportunidad de “delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial [de] dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo”¹⁸³. Tales lineamientos son: las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones¹⁸⁴; las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión¹⁸⁵; aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un mínimo vital¹⁸⁶; las pretensiones vinculadas con supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla; las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que el sistema previsional público o privado dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga.

Sobre el derecho fundamental a la remuneración hay que recordar con el Tribunal Constitucional que “[e]l mandato constitucional ha previsto como condición que la remuneración que el trabajador perciba como contraprestación por la labor (entendida en términos latos) que realiza debe ser equitativa y suficiente; características que constituirían los rasgos esenciales del derecho a la remuneración”¹⁸⁷.

La remuneración es la contraprestación a la que se obliga el empleador por la prestación laboral recibida del trabajador. Y esta, en la medida de lo posible, debe ir alcanzando las características que se han enunciado anteriormente. El Tribunal Constitucional ha llevado a un extremo poco razonable de la definición de la remuneración como contraprestación que recibe el trabajador por la fuerza laboral entregada. Son casos en los que el trabajador ha sido víctima de actos inconstitucionales por parte del empleador, los cuales no le han permitido entregar la prestación a la que estaba obligado. En estos casos el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado por el derecho a la remuneración dejada de percibir precisamente por no haber existido la prestación laboral. Así tiene dicho el Tribunal Constitucional que “[c]onforme lo ha establecido este Tribunal en uniforme jurisprudencia, la remuneración es la contraprestación por el trabajo efectivamente realizado, motivo por el cual la solicitud de pago de las remuneraciones dejadas de percibir debe desestimarse, dejando a salvo el derecho del demandante a la indemnización que pudiera

¹⁸² Sobre algunos elementos jurisprudenciales que definen el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, cfr. ABANTO REVILLA, César, “El contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su incidencia en los regímenes previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530”, en AA. VV., *Jurisprudencia y doctrina constitucional en materia previsional*, ob. cit., ps. 327–333.

¹⁸³ EXP. N.º 01417–2005–AA, del 8 de Julio de 2005, F. J. 37.

¹⁸⁴ Por tal motivo, ha dicho el Tribunal Constitucional, “serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social”. Ibidem.

¹⁸⁵ Así, “será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia. Ibidem.

¹⁸⁶ De modo que “[e]n los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital. Ibidem.

¹⁸⁷ EXP. N.º 00027–2006–PI, del 21 de noviembre de 2007, F. J. 15.

corresponderle”¹⁸⁸. Sin embargo, olvida el Máximo intérprete de la Constitución peruana que el trabajador no ha entregado su prestación laboral porque el empleador no se lo ha permitido; que ha sido un acto arbitrario e insuperable plenamente achacable al empleador el que le ha obligado a no entregar su fuerza laboral. Si se llega a comprobar que los actos han sido inconstitucionales por violación del derecho al trabajo, no existe razón atendible para no ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir –con las correspondientes consecuencias en los beneficios sociales– durante el tiempo que duró el despido fáctico.

21) De la libertad de cátedra;

En la norma constitucional se ha establecido el deber del Estado peruano de garantizar la libertad de cátedra y rechazar la intolerancia (artículo 18 CP). Esta libertad implica la “facultad de expresar, en el ejercicio de la docencia universitaria, las ideas o creencias vinculadas con el desarrollo de una asignatura o materia, sin ningún tipo de sometimiento o sumisión ante ninguna autoridad estatal o privada (sea interna o externa)”¹⁸⁹. Esta libertad educativa “contiene una expresión de libertad individual a favor del docente a efectos de, en primer lugar, asegurar la autodeterminación de su cosmovisión ideológica y su opción hacia una expresión metodológica y procedimental de raigambre científico; y, en segundo lugar, para difundir la autonomía de pensamiento en el ejercicio de la función”¹⁹⁰. De esta manera, la libertad de cátedra se convierte en un “principio organizativo dentro de la enseñanza – pública o privada– [que] supone la libre transmisión del saber en el proceso educativo”¹⁹¹, libertad que “se desarrolla dentro de la investigación y la enseñanza, como libertades para elegir y aplicar los métodos, procedimientos y tratamientos conducentes a la adquisición, exposición y transmisión de los conocimientos a los posibles receptores o educandos – siempre dentro de los límites que supone el respeto de los derechos y libertades de la persona–”¹⁹².

La libertad de cátedra (artículo 18 CP) puede ser considerada un producto tanto de la libertad de expresión (artículo 2.4 CP) referida del docente, como del reconocimiento del principio de libertad en el sistema educativo o, libertad de enseñanza (artículo 13 CP), aunque –por decisión del propio constituyente peruano– limitada exclusivamente al ámbito del nivel universitario de educación (artículo 18 CP)¹⁹³. La amplitud de contenido de la libertad de cátedra se definirá siempre con respeto y armonía a las exigencias constitucionales de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales. A decir del Tribunal Constitucional, “como todo derecho fundamental, conlleva límites inmanentes en su ejercicio, como el deber de respetar la libertad de cátedra de los demás, velar por la discusión ecuaníme de las opiniones contrarias y tratar a todos sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos”¹⁹⁴. En particular, el alcance del contenido constitucional

¹⁸⁸ EXP. N.º 0204–2003–AA/TC, del 15 de marzo de 2004, F. J. 4. En el mismo sentido, y más recientemente en EXP. N.º 0833–2004–AA/TC, del 16 de julio de 2004, F. J. 7; EXP. N.º 3808–2004–AA/TC, del 14 de enero de 2005, F. J. 4; EXP. N.º 1259–2005–PA/TC, del 18 de marzo de 2005, F. J. 2, entre otras.

¹⁸⁹ EXP. N.º 4232–2004–AA/TC, del 3 de marzo del 2005, F. J. 24.

¹⁹⁰ Idem., F. J. 32.

¹⁹¹ EXP. N.º 2724–2005–PA/TC, del 30 de junio del 2005, F. J. 4.

¹⁹² Ibidem.

¹⁹³ El Tribunal Constitucional español, en un criterio aplicable al caso peruano, ha manifestado que “[l]a libertad de cátedra en cuanto libertad individual del docente, es en primer lugar y fundamentalmente una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones de los docentes en el ejercicio de su función”. STC 217/1992, del 1 de diciembre, F. J. 2.

¹⁹⁴ EXP. N.º 0091–2005–PA/TC, del 18 de febrero de 2005, F. J. 8.



de la libertad de cátedra estará en función de las características propias del ámbito concreto en el que tenga que manifestarse, el cual vendrá definido –entre otros elementos– por la naturaleza pública o privada del centro de enseñanza, y si es privada, si tiene o no un ideario¹⁹⁵. Así, por ejemplo, tiene manifestado el Tribunal Constitucional que la “discrecionalidad técnica e ideológica –como prerrogativa del docente universitario– a la par del deber de tolerancia, debe tomar en cuenta el respeto a las características propias del ideario del centro universitario en donde, por propia voluntad, éste ofrece sus servicios”¹⁹⁶.

22) De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35 de la Constitución;

En la segunda parte del artículo 35 CP (que es la que está relacionada con el dispositivo que ahora se comenta), se ha dispuesto que “[l]a ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general”. Este derecho ha sido desarrollado en la Ley de Partidos Políticos (LPP), Ley 28094, a través de la denominada franja electoral, la cual involucra tanto a los medios públicos como a los privados. Al referirse a ella se ha dispuesto que “[d]esde los treinta días hasta los dos días previos a la realización de elecciones generales, los partidos políticos tienen acceso gratuito, de acuerdo a lo establecido en esta ley, a los medios de radiodifusión y televisión, de propiedad privada o del Estado, en una franja electoral” (primer párrafo del artículo 37 LPP).

Los medios privados se ven beneficiados en tanto “[e]l Estado compensa a los medios de comunicación a través de la reducción proporcional en el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico o electromagnético” (segundo párrafo del artículo 37 LPP). Mientras que la infraestructura estatal de radio y televisión está a disposición de los partidos políticos que participen en un convocado acto electoral, para “la producción de los espacios que son difundidos a través de la franja electoral” (último párrafo del artículo 37 LPP).

¿Cómo se divide el tiempo en la franja electoral? La ley ha dispuesto que se divida de la siguiente manera: “[e]n cada estación de radio y televisión la franja electoral es difundida entre las diecinueve y veintidós horas, con una duración de: a) Diez minutos diarios entre los treinta y quince días anteriores al acto electoral. b) Veinte minutos diarios entre los catorce días y seis días anteriores al acto electoral. c) Treinta minutos diarios entre los cinco y dos días anteriores al acto electoral” (primer párrafo del artículo 38 LPP). ¿Cómo se ha de repartir el tiempo de la franja electoral? Esta pregunta la responde también el legislador, al disponer que “[l]a mitad del tiempo total disponible se distribuye equitativamente entre todos los partidos políticos con candidatos inscritos en el proceso electoral. La otra mitad se distribuye proporcionalmente a la representación con la que cuenta cada partido político en el Congreso de la República. Le corresponde a la Gerencia de Supervisión de los Fondos Partidarios la determinación del tiempo disponible para cada partido político, así como la reglamentación respectiva” (segundo párrafo del artículo 38 LPP).

En ese criterio de proporcionalidad exigido por la norma constitucional, especial consideración tienen los grupos políticos que participan por primera vez, ya que la referencia constitucional es con respecto al último resultado general. Para ellos, el legislador ha dispuesto con acierto que “[l]os partidos políticos que participen por primera vez en una elección disponen de un tiempo equivalente al del partido que tenga la menor adjudicación (tercer párrafo del artículo 38 LPP). Lo hasta aquí mencionado se refiere a la franja electoral,

¹⁹⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *La libertad de cátedra en una relación laboral con ideario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, ps. 446 y ss.

¹⁹⁶ EXP. N.º 4232-2004-AA/TC, citado, F. J. 34.

la cual presupone la convocatoria a un proceso electoral. ¿Qué ocurre durante la época no electoral? En la respuesta a esta cuestión se ha involucrado solamente a los medios de comunicación del Estado, los mismos que “están obligados a otorgar mensualmente cinco minutos a cada partido político con representación en el Congreso, para la difusión de sus propuestas y planteamientos. La Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios hace la asignación correspondiente” (artículo 41 LPP).

23) De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida;

La norma constitucional ha dispuesto que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (artículo 2.24 CP)¹⁹⁷. Este derecho viene justificado en cuanto se trata de una traducción jurídica de una exigencia de la naturaleza humana: la existencia digna de la persona humana exige como presupuesto material necesario, un medio natural adecuado al logro del pleno desarrollo como sujeto con una dignidad que es. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, “en el Estado democrático de derecho de nuestro tiempo ya no sólo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables”¹⁹⁸.

Esto, en primer lugar implica que se debe “considerar al medio ambiente, equilibrado y adecuado, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales en materia de derechos humanos”¹⁹⁹. Y, complementariamente, en el contenido constitucionalmente protegido del derecho que ahora se comenta “se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, los componentes bióticos, como la flora y la fauna, y los abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo, los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico”²⁰⁰. A todo esto habría que agregar “los elementos sociales y culturales aportantes del grupo humano que lo habite”²⁰¹. Por tanto, “el inciso 22) del artículo 2º de la Constitución, implica que la protección comprende el sistema complejo y dinámico de todos sus componentes, en un estado de estabilidad y simetría de sus ecosistemas, que haga posible precisamente el adecuado desarrollo de la vida de los seres humanos”²⁰².

Son actividades que atentan contra el derecho al medio ambiente adecuado las molestas, las insalubres, las nocivas y las actividades peligrosas²⁰³. Las actividades molestas se definen como aquellas que generan incomodidad por los ruidos o vibraciones, así como por emanaciones de humos, gases, olores, nieblas o partículas en suspensión y otras

¹⁹⁷ Derecho que ha sido confirmado en la norma internacional, en particular en el Protocolo de San Salvador, en el que se ha establecido que “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente” (artículo 11).

¹⁹⁸ EXP. N.º 0964-2002-AA/TC, citado, F. J. 9.

¹⁹⁹ Idem, F. J. 8.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ EXP. N.º 0018-2001-AI/TC, del 06 de noviembre de 2002, F. J. 7.

²⁰² Ibidem.

²⁰³ EXP. N.º 0018-2001-AI/TC, citado, F. J. 6.



sustancias. Mientras que las actividades insalubres pueden definirse como aquellas que se generan cuando se vierten productos al ambiente que pueden resultar perjudiciales para la salud humana. Asimismo, las actividades nocivas pueden definirse como aquellas que se generan cuando se vierten productos al ambiente que afectan y ocasionan daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola. Mientras que las actividades peligrosas serán aquellas que ocasionan riesgos graves a las personas o sus bienes debido a explosiones, combustiones o radiaciones.

24) A la salud; y

En el artículo 7 CP se ha dispuesto que “todos tienen derecho a la salud”. Asimismo, se ha establecido que el deber del Estado de determina la política nacional de salud, en concreto, “[e]l Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud” (artículo 9 CP). Por lo demás, constitucionalmente se ha establecido el deber estatal de, bajo una economía social de mercado, orientar el desarrollo del país, actuando principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (artículo 58 CP)²⁰⁴.

El derecho a la salud reconoce en su dimensión de libertad “la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo”²⁰⁵; lo que implica “una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida”²⁰⁶. Es decir, implica “el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica”²⁰⁷, razón por la cual “tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, *correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad*, pues en una sociedad democrática y justa la responsabilidad por la atención de los más necesitados no recae solamente en el Estado, sino en cada uno de los individuos en calidad de contribuyentes sociales”²⁰⁸. La protección del derecho a la salud “importa la tutela de un mínimo vital, fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal o un grave deterioro de ésta (...) [la] vida en dignidad que, en este caso, se manifiesta como vida saludable”²⁰⁹.

En su dimensión objetiva o prestacional “el de la salud presenta una dimensión positiva que lo configura como un típico derecho “prestacional”, vale decir, un derecho cuya satisfacción requiere acciones prestacionales”²¹⁰. Estas acciones prestacionales a las que se compromete el poder político están reflejadas en la norma internacional sobre derechos humanos vinculantes para el Perú. En efecto, el Estado peruano se ha comprometido a adoptar las siguientes medidas para garantizar el derecho a la educación: “a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los

²⁰⁴ Este derecho ha sido reconocido también, como derecho humano, en la norma internacional vinculante para el Estado peruano. Así, en el Protocolo de San Salvador (artículo 10); en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (artículo 12).

²⁰⁵ EXP. N.º 1429-2002-HC/TC, del 19 de noviembre de 2002, F. J. 12.

²⁰⁶ EXP. N.º 2016-2004-AA/TC, citado, F. J. 27.

²⁰⁷ EXP. N.º 2945-2003-AA/TC, citado, F. J. 30.

²⁰⁸ EXP. N.º 3208-2004-AA/TC, citado, F. J. 8.

²⁰⁹ EXP. N.º 1429-2002-HC/TC, citado, F. J. 14.

²¹⁰ Idem, F. J. 13.

servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables” (artículo 10.2 Protocolo de San Salvador)²¹¹.

Todas estas medidas obligatorias para el Estado peruano deben ser tenidas en cuenta al momento de planificar y ejecutar la política nacional de salud, la cual la Constitución ha establecido que “[e]l Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud” (artículo 9 CP). En relación con esto, ha manifestado el Tribunal Constitucional, que es erróneo “el argumento (...) que señala que el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un plan de acción para el Estado, mas no un derecho concreto. Debe recordarse, que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que, en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, ésta no debe considerarse como un gasto, sino como una inversión social”²¹².

25) Los demás que la Constitución reconoce.

La primera consecuencia de este inciso es que la lista de derechos que conforman el artículo 37 CPConst. es una lista abierta y, por tanto, no taxativa. La demanda de amparo procede para defender el contenido constitucional de los derechos ahí recogidos y de todos los demás derechos que no siendo los derechos a la libertad personal y derechos conexos, y los derechos a la autodeterminación informativa y el derecho de acceso a la información en entidades públicas, estén recogidos en la Constitución. La definición constitucional de la acción de amparo exige que así sea considerado²¹³. La segunda consecuencia es que los derechos fundamentales a los que está llamado a proteger el amparo, son tanto los derechos expresamente recogidos en el texto constitucional como los que lo son de modo implícito, no esencialmente relacionados con los derechos protegidos por el hábeas corpus y por el hábeas data²¹⁴.

²¹¹ En este mismo sentido se lee en el artículo 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que entre las medidas a las que se compromete el Estado peruano para lograr la plena eficacia del derecho a la salud están “a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

²¹² Exp. 2016–2004–AA/TC, citado, F. J. 17.

²¹³ Como bien ha dicho el Tribunal Constitucional, “el diseño constitucional de los derechos protegidos por el proceso de amparo, bien puede caracterizarse por tener un carácter totalizador, esto es, comprender residualmente la protección de *todos* los derechos constitucionales no protegidos por los otros procesos de tutela de los derechos fundamentales (hábeas corpus y hábeas data)”. EXP. N.º 3179–2004–AA/TC, del 18 de febrero de 2005, F. J. 12.

²¹⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 5, mayo 2008, p. 31–48.



ARTÍCULO 38. – DERECHOS NO PROTEGIDOS

No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

La persona humana es el inicio y fin del derecho²¹⁵. Que sea el fin significa que el derecho se formula de cara a ella, en el caso de los derechos humanos, éstos se formulan tomando en consideración la esencia (o naturaleza) humana. Que sea el fin significa que el derecho como constructo que es, está al servicio de la persona humana, es decir, se ha de convertir en un elemento principal a través del cual la persona humana deberá alcanzar grados de perfeccionamiento humano; en el caso de los derechos humanos significa que el derecho procura la plena vigencia de los derechos humanos entendidos como bienes humanos que satisfacen necesidades y exigencias humanas, y con ello procuran el perfeccionamiento humano²¹⁶.

Todo derecho fundamental significa y vale su contenido, por lo que todo derecho cuenta con un contenido jurídico. Este contenido estará conformado por todas las facultades y/o prestaciones que ese derecho depara a su titular (dimensión subjetiva de los derechos fundamentales)²¹⁷; y por todas las obligaciones de acción y/o de omisión que favorezcan el pleno ejercicio de las facultades y/o el pleno goce de la prestación (dimensión objetiva de los derechos fundamentales)²¹⁸.

Ese contenido, que es jurídico, puede ser un contenido constitucional. El contenido constitucional de un derecho es aquel contenido que se define en función del texto constitucional, y que es *limitado, ilimitable y delimitable*²¹⁹. Que es *limitado* significa que todo derecho fundamental tiene sus propios límites, límites inmanentes o internos, los cuales definen el contenido *esencial* del derecho y por lo que ese derecho es identificable como tal derecho. Que es *ilimitable* significa que ni el legislador ni nadie puede desconocer esas fronteras inmanentes o internas, esas fronteras vinculan de modo fuerte al poder quien no puede trasgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional

²¹⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El valor jurídico de la persona humana”, en Idem, *Derechos fundamentales...*, ob. cit., ps. 3–20.

²¹⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Palestra 2007, Capítulo I.

²¹⁷ Para el Tribunal Constitucional peruano, “[d]esde una perspectiva histórica, los derechos fundamentales surgieron como derechos de defensa oponibles al Estado. Es decir, como atributos subjetivos que protegían un ámbito de autonomía individual contra acciones u omisiones derivadas de cualquiera de los poderes públicos”. Exp. 0976–2001–AA/TC, del 13 de marzo de 2003, F. J. 5.

²¹⁸ Tiene dicho el Tribunal Constitucional peruano que “al lado de la idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, también hay que reconocer en ellos el establecimiento de verdaderos valores supremos, es decir, el componente estructural básico del orden constitucional, ‘en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; (...) el fundamento del orden jurídico y de la paz social’ (STC de España 53/1985, Fund. Jur. N.º. 4)”. *Ibidem*.

²¹⁹ Cfr. SERNA BERMÚDEZ, Pedro. “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, en *Humana Iura* 4, Pamplona, 1994; MARTÍNEZ–PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000; CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000.

del derecho fundamental que se trate. Que es *delimitable* significa que el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto; la labor del poder político –en todo caso– es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales. A diferencia de lo que erróneamente ha recogido el Tribunal Constitucional²²⁰, los derechos fundamentales, no tienen un *contenido esencial inviolable* y un *contenido no esencial sacrificable y restringible*²²¹. El contenido de los derechos fundamentales es un sólo contenido, y todo él es contenido *esencial* en la medida que brota de la *esencia* misma del derecho. Por eso, se dijo antes, el derecho fundamental es un derecho que no puede limitarse, en este sentido los derechos fundamentales son derechos absolutos.

El contenido constitucional de un derecho fundamental, como no podía ser de otro modo, empieza a definirse desde el mismo texto constitucional. Es necesario acudir a la norma constitucional no sólo porque “un derecho fundamental o una libertad pública en un Estado democrático de derecho no pueden tener una naturaleza jurídica extra ni anticonstitucional, como tampoco proteger unos intereses al margen o en contra del texto fundamental”²²²; 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”²²³.

Acudir al texto constitucional significa acudir a la concreta norma que recoge el derecho cuyo contenido se quiere delimitar. Acudir al texto constitucional exige acudir igualmente a aquellos otros dispositivos constitucionales que están directamente relacionados con el derecho cuyo contenido se intenta determinar por así exigirlo el principio de unidad constitucional. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, “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”²²⁴. Este principio de unidad “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”²²⁵. Y es que “las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación,

²²⁰ Ha manifestado el Tribunal Constitucional que “ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no se afecte su *contenido esencial*, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento ‘*no esencial*’ del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)”. Exp. 0004–2004–AI/TC y otros acumulados, del 21 de septiembre de 2004, F. J. 7. La cursiva de la letra es añadida.

²²¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales...*, ob. cit., ps. 356 y ss.

²²² TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de derecho constitucional español*. 2º edición, Átomo ediciones, Madrid, 1991, p. 224.

²²³ DE OTTO Y PARDO, 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. 142.

²²⁴ Exp. 2209–2002–AA/TC, del 12 de mayo de 2003, F. J. 25.

²²⁵ MARTINEZ – PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del ...*, ob. cit., p. 68.



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”²²⁶.

Acudir al texto constitucional significa también acudir a la norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú. La determinación del contenido constitucional de un derecho pasa necesariamente por lo que se haya dispuesto en la norma internacional vinculante para el Perú y la jurisprudencia de los Tribunales internacionales que han interpretado y aplicado esa norma internacional. Así lo ha dispuesto el Constituyente peruano en la IV Disposición final y transitoria de la Constitución²²⁷, y el legislador peruano (artículo V CPC).

Pero el contenido constitucional de un derecho no sólo se define acudiendo al texto normativo, sino que habrá que acudir igualmente a la naturaleza del derecho mismo, es decir, aquello por lo cual el derecho es lo que es y no otro distinto, en la medida que el contenido del derecho brota de la esencia (del *ontos*) misma del derecho. Esta pauta hermenéutica exige que al momento en que nos preguntemos por el contenido constitucional de un derecho, nos debemos preguntar necesariamente por la finalidad del derecho mismo. ¿Cuál es la finalidad por la que se ha reconocido constitucionalmente un derecho? Preguntarse por la finalidad del derecho es preguntarse “por los bienes humanos que se intentan proteger con la libertad de que se trata”²²⁸, y sirve para determinar que pretensiones o facultades caen dentro del contenido constitucional del derecho y cuales quedan sin cobertura constitucional.

Una última pauta hermenéutica para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales consiste en que la determinación del contenido constitucional del derecho sólo termina por definirse en función de las circunstancias del caso concreto. El contenido constitucional del derecho no puede ser formulado de manera abstracta y de una vez para siempre como quien encuentra una fórmula física o química. El Derecho no puede estar sujeto a los principios de la ciencia exacta sencillamente porque su materia es la conducta humana la misma que no es posible encasillar en leyes físicas inmutables. Es verdad que desde un punto meramente abstracto se pueden encontrar ya algunas directrices de lo que forma parte del contenido constitucional de un derecho fundamental, sin embargo, no será sino en función del concreto caso en el que se defina si una concreta pretensión forma o no parte del contenido constitucional del derecho.

En este punto es necesario plantear la siguiente cuestión: ¿puede hablarse del contenido legal de un derecho fundamental en contraposición del contenido constitucional? Los derechos fundamentales pueden ser objeto de regulación legal debido a que el constituyente ha decidido remitir a la ley su configuración jurídica.

²²⁶ Exp. 0008–2003–AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, F. J. 5.

²²⁷ Tiene declarado el Tribunal Constitucional que “en materia de derechos fundamentales, las normas que los reconocen, regulan o limitan deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos. Aquel criterio de interpretación de los derechos no sólo es una exigencia que se deriva directamente de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino también del hecho de que los tratados, una vez ratificados por el Estado peruano, forman parte del derecho nacional”. Exp. 1230–2002–HC/TC, del 20 de junio de 2002, F. J. 8.

²²⁸ SERNA BERMÚDEZ, Pedro. “Derechos fundamentales”, cit., p. 225.

La actividad legislativa del legislador, Legislativo o Ejecutivo, ha consistido en ir perfilando el contenido constitucional del derecho, es decir, en ir sacando a la luz los contornos internos, inmanentes del derecho constitucional. Esto permite afirmar que no toda actividad legislativa sobre derechos fundamentales significará un *contenido legal* del derecho. Es posible también que algún pronunciamiento legislativo sobre el contenido del derecho fundamental deba ser considerado como *contenido constitucional* del derecho y no como simple *contenido legal*. Ello ocurrirá cuando la actividad legislativa se haya dirigido a agregar como contenido del derecho una facultad o una pretensión que brote directamente de la *esencia* del derecho, es decir, que sea necesaria primero, para identificar al derecho como tal derecho y no como otro distinto; y segundo, para hacer posible el efectivo ejercicio y/o goce del mismo.

Pues bien, el proceso de amparo está destinado a la protección sólo del contenido constitucional del derecho fundamental, incluso aquel contenido constitucional terminado de delimitar por el legislador en su labor de configuración del derecho fundamental. A esto se refiere el artículo que ahora se comenta cuando prescribe la procedencia del amparo para proteger *aspectos constitucionalmente protegidos del mismo*. Y en la medida que la Constitución es la base y fundamento del entero ordenamiento jurídico, y que todo contenido legal e infralegal de un derecho fundamental es reconducible al contenido constitucional, el amparo no procede para proteger aspectos a cuyo vínculo con la Constitución se llega luego de realizar una serie de interpretaciones derivativas. Por esta razón es necesario afirmar que el amparo *no procede en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo*.

