UNIVERSIDAD DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL AMPARO

Luis Castillo-Córdova

España, 2010

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2010). El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, (14),* 89-118.

Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución-
NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

Repositorio Institucional PIRHUA

I. Introducción

Como sabido es, el Derecho no crea la realidad, sino que parte de ella. Otra manera de decir esto mismo es que el Derecho no crea la esencia de las cosas, sino que parte de ellas. De hecho, la justicia en la formulación jurídica dependerá de su ajustamiento a ellas, de modo que regular en contra de lo que las cosas son es sencillamente una injusticia por no ser ni dar *lo que corresponde*. Cuando se trata de la esencia del amparo un elemento decisivo y configurador de la misma es el objeto de protección: el amparo sólo protege contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental. Esta afirmación abre una serie de interrogantes que se plantearán e intentarán resolver a continuación, con base principal en el ordenamiento constitucional peruano.

II. Derechos fundamentales y derechos constitucionales

Una definición básica de derechos constitucionales es la siguiente: derechos reconocidos –expresa o implícitamente– en la Constitución. Es básica porque se está definiendo al derecho con el nombre de la norma que lo contiene. Una mirada rápida a la Constitución peruana (CP) permite constatar que en ella se emplea las expresiones derechos fundamentales[1] y derechos constitucionales[2]. Todos son derechos constitucionales al estar recogidos en la Constitución, lo que permitiría hablar de derechos constitucionales fundamentales y de derechos constitucionales no fundamentales. Esta constatación exige plantear la siguiente cuestión: en la Constitución peruana, ¿es constitucionalmente correcta esta diferenciación? Veamos.

Si fuese correcta habría que admitir la necesidad de diferenciar unos derechos de los otros y, consecuentemente, la necesidad de optar por un criterio diferenciador. Este no podría

[1] La expresión se halla recogida en el rótulo del capítulo I del Título I; en el artículo 34.4 CP en el que se dispone que "No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona"; en el artículo 74 CP: "Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona"; en el artículo 137.2 CP: "Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende"; entre varios otros.

[2] Así, aparece empleada en el artículo 23 CP: "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales"; en el artículo 137.1 CP: "Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del Artículo 2º y en el inciso 24, apartado f del mismo Artículo"; artículo 162 CP: "Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales"; entre varios otros.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

Repositorio Institucional PIRHUA

ser más que la importancia del derecho, de modo que unos derechos –los constitucionales fundamentales– serían más importantes que los otros –los constitucionales no fundamentales–. Este criterio pareciera ser el adoptado por el Constituyente peruano a la hora que ha dividido el Título I de la siguiente manera: Derechos fundamentales de la persona (Capítulo I); De los derechos sociales y económicos (Capítulo II); y De los derechos políticos y de los deberes (Capítulo III). De forma tal que los derechos reconocidos en el Capítulo I serían derechos (constitucionales) fundamentales, y estos serían los recogidos en la larga lista del artículo 2 CP; todos los demás derechos recogidos en la Constitución serían derechos constitucionales (no fundamentales).

Sin embargo, quienes pretendan sostener esta conclusión se enfrentan a las siguientes dificultades. Primera, si fuese verdad que la lista de derechos recogida en el artículo 2 CP sólo contiene derechos fundamentales, es decir, derechos con una mayor importancia o fundamentalidad que los demás, entonces, no se entiende cómo en el mencionado artículo se reconocen derechos como *el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso* (artículo 2.22 CP) que en una división entre derechos más importantes y menos importantes, sería necesariamente de los segundos.

Segunda, si los derechos sociales y los derechos políticos fuesen derechos constitucionales no fundamentales por estar fuera del artículo 2 CP, entonces, no se entiende que en esta disposición constitucional vengan mencionados derechos típicamente sociales como el de trabajar libremente (artículo 2.15 CP), o derechos típicamente políticos como los de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum (artículo 2.17 CP).

Y tercera, si se admitiese que en la Constitución peruana hay dos clases de derechos diferenciados por su mayor o menor importancia o fundamentalidad, entonces, necesariamente se requiere que existan dos mecanismos de protección con eficacia diferente: el mecanismo menos eficaz estará destinado a proteger derechos no fundamentales, y el de mayor eficacia a los derechos fundamentales[3]. Pero ocurre que en la

[3] Como ocurre en el caso español, al disponer el artículo 53.2 CE que "[c]ualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30". Con base en este dispositivo se ha afirmado que "no todos los derechos constitucionales son auténticos derechos fundamentales (...) [S]ólo los derechos consagrados en los arts. 14 a 29 de la CE son auténticos derechos fundamentales". PÉREZ TREMPS, Pablo (2002): 143. De donde se concluye que los derechos recogidos en los artículos 14, en la Sección 1ª del Capítulo Segundo, tienen un

Constitución peruana están recogidos mecanismos de protección de derechos con una misma eficacia constitucional[4].

Cada una de estas tres dificultades se convierte en una razón para sostener como incorrecta la conclusión de que en la Constitución peruana hay que diferenciar los derechos constitucionales fundamentales de los no fundamentales. Por el contrario, cada una de ellas aboga por otorgar una misma consideración a todos los derechos recogidos en la Constitución. Así queda confirmado desde la lectura del artículo 3 CP en el que se ha dispuesto que *la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza*, lo que ha de ser interpretado de la siguiente manera: la consideración de los derechos enumerados en el artículo 2 CP no puede excluir la importancia de los derechos no recogidos en él, sino que tanto unos como otros deben recibir una misma atención por tener una misma consideración. Y es que "[e]l principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada"[5].

De modo que con la expresión derechos fundamentales o derechos constitucionales se hace alusión a lo mismo: a la constitucionalización de una serie de exigencias humanas que, formuladas como bienes humanos, son debidos a la persona por ser tal. Está legitimado, por tanto, el empleo de una u otra expresión. La que aquí se empleará es derechos fundamentales, debido a la cacofonía que se generaría a la hora de hablar del contenido constitucional de los derechos constitucionales.

procedimiento de protección diferente –más eficaz– que el previsto para los demás derechos recogidos en la Constitución, precisamente por ser derechos (constitucionales) fundamentales.

[4] Los llamados procesos constitucionales de la libertad (hábeas corpus, amparo y hábeas data) están recogidos en los primeros tres incisos del artículo 200 CP.

[5] EXP. N.º 2495–2003–AA/TC, del 20 de abril del 2004, F. J. 19.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

Repositorio Institucional PIRHUA

III. CONTENIDO ESENCIAL Y CONTENIDO CONSTITUCIONAL

A. Un necesario punto de partida suprapositivo: Derechos humanos y derechos fundamentales

La persona es un absoluto en la medida que es fin en sí misma[6] y nunca puede ser considerada ni tratada como un medio[7]. En esto consiste su valor o dignidad. Por ser fin y no medio, está llamada a conseguir su plena realización como persona: a todas las personas por ser tales nos corresponde lograr la máxima realización posible[8]. Tendemos a ello porque somos realidades esencialmente imperfectas e inacabadas, que adquirimos grados de perfeccionamiento y consecuente realización en tanto satisfacemos nuestras necesidades[9] y exigencias[10] propiamente humanas. En la medida que la satisfacción de estas necesidades perfecciona al ser humano, y que *bien* es aquello que perfecciona al ser, la consecución de bienes humanos permite la satisfacción de necesidades humanas y la consecución de grados de perfeccionamiento y realización humanas. Los bienes humanos es lo debido a la persona humana por ser tal, y es lo debido porque es lo que le corresponde por tener la naturaleza y dignidad humanas, por eso se formulan como bienes jurídicos vinculantes. Y es que en la medida que se habla de título y deuda, se habla de derecho: estos bienes humanos que corresponden a la persona humana (deuda) por tener naturaleza y dignidad humana (título) son derechos humanos. Estos bienes humanos es lo justo con la persona humana y, por esta razón, vinculan[11].

---

[6] KANT, Immanuel (1996): 187.

[7] BLECKMAN, Albert (1997): 539; BVerfGE 6, 32 (36); BVerfGE 27, 1 (6).

[8] En palabras del Tribunal Constitucional peruano, se trata de la "plena realización de la persona humana y su dignidad (artículo 1º de la Constitución)". EXP. 00005–2008–PI/TC, del 4 de septiembre de 2009, F. J. 21.

[9] La relevancia jurídica de las necesidades esencialmente humanas, no ha sido extraña a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, por ejemplo, cuando ha mencionado que "[e]ste despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, como no podría ser de otro modo, también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprehensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica". EXP. N.º 2273–2005–PHC/TC, 20 de abril de 2006, F. J. 9.

[10] Lo mismo ocurre con las exigencias que brotan de la esencia o naturaleza humana. Así, en referencia al trabajo, ha dicho el Tribunal Constitucional peruano que su importancia descansa en ser "[v]ocación y exigencia de la naturaleza humana". EXP. N.º 008–2005–PI/TC, del 12 de agosto del 2005, F. J. 18.

[11] CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2009): ps. 31–43.

Repositorio Institucional PIRHUA

Percátese que es posible hablar de derecho humano y consecuente vinculación incluso antes que la norma positiva lo reconozca y garantice[12]. En efecto, lo justo con la persona humana, sus derechos humanos, es posible positivarlo tanto en la norma positiva internacional (tratados o convenciones) como en la norma positiva nacional (la Constitución o leyes). La validez de la norma positiva (nacional o internacional) dependerá de su ajustamiento al derecho humano que pretende positivar, de modo que una positivación que se aleja o contradice el derecho humano que le antecede, es injusta y, consecuentemente, pierde en intensidad vinculante.

Para saber si el reconocimiento positivo (nacional o internacional) de un derecho se ajusta o no al derecho humano que pretende positivar, ha de ser posible realizar una comparación y esta es sólo posible de realizar si es posible objetivar uno y otro. La manera que hay de llevar a cabo esa objetivación es a través de la siguiente categoría: *contenido*. Si el contenido del derecho humano es el contenido positivado en la norma, entonces, la norma es jurídicamente válida por ser justa; si no lo es será jurídicamente inválida por injusta[13]. De ahí que es posible plantear la siguiente pregunta: ¿cuál es el contenido de un derecho humano?

En lo que respecta al contenido de un derecho humano, nuevamente resulta necesario apelar a las esencias, como la esencia humana o, en palabras del Tribunal Constitucional peruano, "naturaleza del ser humano"[14]. Si, por ejemplo, hay la necesidad humana de tener un espacio propio donde desplegar nuestra propia individualidad, la intimidad se convierte en un bien humano[15], no sólo porque satisface esa necesidad humana sino porque al satisfacerla permite lograr una mayor y más plena realización humana[16]. Así, el bien

[12] Como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional peruano, "la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal". EXP. N.º 4637–2006–PA/TC, del 18 de abril de 2007, F. J. 45.

[13] Lo cual exige no cerrar como posibilidad el que una Convención o Tratado internacional, así como una Constitución, lleguen a ser disposiciones normativas injustas e inválidas cuando el contenido de los derechos ahí positivados contradigan las exigencias jurídicas de los derechos humanos.

[14] EXP. N.º 0489–2006–PHC/TC, del 25 de enero del 2007, F. J. 11.

[15] "Bien jurídico intimidad", en palabras del Tribunal Constitucional peruano. EXP. N.º 6712–2005–HC/TC, del 17 de octubre de 2005, F. J. 30.

[16] Este bien humano, es posible afirmar, "implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano". EXP. N.º 6712–2005–HC/TC, del 17 de octubre de 2005, F. J. 38.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

humano intimidad se convierte en lo debido a la persona humana y, por ello, en el derecho humano a la intimidad. El contenido de este derecho humano será aquello que hace que el derecho a la intimidad sea derecho a la intimidad y no otro derecho diferente. Este contenido bien puede ser llamado *contenido esencial* del derecho a la intimidad, porque brota de la esencia o naturaleza jurídica del derecho[17]. De modo que cuando se habla del derecho humano éste cuenta con un contenido esencial que se define como aquel conjunto de facultades o atribuciones que hacen que el derecho humano sea ese derecho y no otro diferente[18].

Una vez positivado el derecho humano, pasa a tener un contenido que podemos llamar *convencional* cuando es positivado en un pacto o convención; o que podemos llamar *constitucional*, cuando es positivado en la Constitución. Aquí interesa referir solamente al segundo, respecto del cual es posible plantear la cuestión siguiente: ¿qué relación existe entre el contenido esencial de un derecho humano y el contenido constitucional del derecho fundamental?

B. La regla general: la coincidencia

Los derechos fundamentales, expresión que aquí conviene adoptar antes que derecho constitucional debido a la cacofonía que se generaría a la hora de hablar de su contenido constitucional, pueden ser definidos como los derechos humanos constitucionalizados. Así, derechos humanos y derechos fundamentales vienen a ser lo mismo, y no podía ser de otra manera cuando detrás de unos y otros está la persona. La legitimidad y consiguiente validez de esa constitucionalización dependerá de su ajustamiento a las exigencias del derecho humano. Esta afirmación, introduciendo la categoría *contenido*, puede reformularse de la siguiente manera: la validez del contenido constitucional de un derecho fundamental dependerá de su ajustamiento al contenido esencial del derecho humano.

[17] Sobre el cual ha manifestado el Tribunal Constitucional peruano que "es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño". EXP. N.° 6712–2005–HC/TC, del 17 de octubre de 2005, F. J. 38.

[18] En palabras del Tribunal Constitucional español, "facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así". STC 11/2981, del 8 de abril, F. J. 8.

La técnica normalmente empleada por la Constitución para hacer realidad este ajustamiento en la mayor medida de lo posible es el recogimiento del derecho humano a través de una fórmula lingüística amplia y genérica, lo suficientemente vaga como para constitucionalizar el contenido esencial del derecho humano, de modo que el contenido constitucional de un derecho fundamental venga a equivaler al contenido esencial de un derecho humano. Al ser los derechos humanos lo mismo que los derechos fundamentales, hablar del contenido esencial del derecho humano será lo mismo que hablar del contenido esencial del derecho fundamental, contenido que al estar recogido en la Constitución también puede ser llamado como contenido constitucional. De esta manera, el contenido esencial de un derecho fundamental equivale al contenido constitucional del mismo. En uno y otro caso, la justicia de su formulación dependerá de su ajustamiento a las exigencias del bien humano (jurídico) que les da sentido. Por eso, acierta el Tribunal Constitucional peruano cuando ha manifestado que "un derecho tiene sustento constitucional directo cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección"[19].

A la consideración de que el contenido esencial es lo mismo que contenido constitucional puede objetarse que el Constituyente puede agregar a la fórmula genérica una serie de concreciones que obligarían a diferenciar el contenido esencial del contenido constitucional, pues este vendría a ser el contenido esencial más las concreciones adicionadas por el Constituyente. Por poner un ejemplo desde la Constitución peruana, se ha dispuesto como contenido constitucional de la libertad individual la exigencia de que el detenido sea puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia (artículo 2.24 apartado f). Se podría decir que no pertenece al contenido esencial del derecho a la libertad personal el plazo de veinticuatro horas, pues igualmente el Constituyente pudo haber elegido un plazo diferente[20]; sin embargo, sí pertenece al contenido constitucional del referido derecho.

Esta objeción puede contestarse de la manera siguiente. En el ejemplo propuesto, es verdad que el contenido esencial del derecho humano que, como se ha dicho, es a la vez el contenido esencial del derecho fundamental, no reclama un concreto plazo. Sin embargo,

[19] EXPs. N.°s 6149–2006–PA/TC y 6662–2006–PA/TC, a los 11 días del mes de diciembre de 2006, F. J. 41.
[20] Como las setenta y dos horas que como plazo máximo ha decidido el constituyente español (artículo 17.2 CE); o "el día siguiente de su detención" del Constituyente alemán (artículo104.3 LF).

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

sí reclama un plazo razonable. De la esencia de este derecho fundamental brota que el detenido deba encontrarse a disposición policial *sólo hasta un plazo que sea razonable*, y lo razonable es lo estrictamente necesario. Lo innecesario deja de ser razonable porque al carecer de necesidad pierde justificación. De forma tal que cuando el Constituyente peruano ha decidido que sean veinticuatro horas la duración máxima de la detención policial, tal plazo conforma el contenido esencial porque se trata de un plazo razonable. Así, pues, las concreciones que el Constituyente pueda realizar no conformarán algo diferente al contenido esencial si finalmente es una especificación de éste. Consecuentemente, el contenido esencial más las concreciones del contenido esencial, conforman igualmente el contenido esencial del derecho fundamental.

C. La excepción: cuando el contenido constitucional se formula al margen o contra el contenido esencial

Esta constatación, no obstante, obliga a plantear una pregunta adicional: ¿es posible que el Constituyente agregue concreciones que no son especificaciones del contenido esencial? Si se responde positivamente a esta pregunta, entonces, será posible admitir que el contenido constitucional será diferente al contenido esencial de un derecho fundamental. Y la respuesta, a mi modo de ver, es que al menos teóricamente es posible que esto ocurra en dos situaciones: cuando además de la fórmula genérica, el Constituyente agrega una determinación que no brota de la esencia del derecho, primero; y segundo, que la contradiga.

Es el primer caso, para seguir con el ejemplo anterior, si el Constituyente hubiese establecido que el detenido deberá ser puesto a disposición del juzgado correspondiente *en un coche policial*. No necesita especial justificación constatar que la exigencia de que el detenido sea llevado al Juzgado en coche de policía no forma parte del contenido esencial del derecho a la duración razonable de la detención policial, de hecho, ni tan siquiera exige que sea llevado en coche alguno. De manera que una tal disposición estaría configurando un contenido constitucional que es diferente al contenido esencial del derecho, lo que justifica la necesidad de diferenciarlos.

Es el segundo caso, y para mantener el ejemplo, si el Constituyente hubiese dispuesto que el detenido sea puesto a disposición judicial en un plazo de veinticuatro semanas o cuando el agente de policía lo estime oportuno. Una disposición así contradice la exigencia de duración razonable de la detención policial, lo que haría exigible diferenciar el contenido esencial del contenido constitucional del derecho. Este último contendido vendría a estar

conformado por el contenido esencial más la concreción, con el añadido que la concreción sería la negación de la esencia del derecho, es decir, supondría su desnaturalización. Pero esta concreción si bien es cierto formalmente no puede ser tenida como inconstitucional, materialmente sí en la medida que transgrede principios que necesariamente una Constitución realmente tal ha constitucionalizado expresa o implícitamente: el valor de la persona humana (dignidad humana); la justicia; o la razonabilidad[21].

Esto quiere decir que una hipotética tal disposición no deberá tenerse como legítima; por el contrario, en la medida que no da lo que a la persona corresponde por ser persona, se convierte en una disposición injusta y, por ello, no vinculante jurídicamente. La ineficacia de la disposición sería manifiesta. Es así que debe mantenerse la posibilidad de considerar que no necesariamente toda disposición constitucional será jurídicamente válida, sino que hay que tener como válida la posibilidad de que alguna disposición de la Constitución que agrede el contenido esencial de un derecho humano (realidad suprapositiva), sea considerada ineficaz. En este punto lo jurídicamente relevante es establecer el órgano –y consecuente procedimiento– encargado de determinar que una tal disposición constitucional es ineficaz. Sin duda que puede serlo un Tribunal Internacional, como es el caso de la CIDH que puede concluir que determinada disposición constitucional vulnera la CADH[22]; pero no se debe cerrar definitivamente las puertas para que el Supremo Intérprete de la Constitución pueda establecerlo[23], desde luego para que establezca la injusticia de la disposición y su consecuente ineficacia[24], pero no para subrogarse al Constituyente y establecer una determinada concreción del contenido esencial del derecho humano.

[21] Así, Bachof habla de inconstitucionalidad de la Constitución tanto por infracción del derecho constitucional metapositivo positivado, como por infracción del derecho metapositivo no positivado. Cfr. BACHOF, Otto (2008): 65–70.

[22] Caso última tentación de Cristo. En el punto 4 del fallo de este caso, la Corte Interamericana decidió que "el Estado [chileno] debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo". Antes había afirmado que "[e]n el presente caso ésta [la censura previa] se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica" (Párrafo 72). Por lo que el Estado chileno tuvo que modificar su Constitución para adaptarla a la Convención americana de derechos humanos.

[23] En este sentido BACHOF, Otto (2008): 73 y ss.

[24] De ocurrir, necesariamente tendría que haberlo previsto el propio Constituyente al decidir un canal procedimental determinado que permita el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

Repositorio Institucional PIRHUA

En los dos mencionados casos resultaría relevante la diferenciación entre contenido esencial y contenido constitucional de un derecho fundamental. Y aunque son supuestos bien extraños, no sería imposible que se den en la práctica. En el primer caso, el Constituyente está constitucionalizando algo que sin estar prohibido no brota de la esencia del derecho; y en el segundo caso, el Constituyente formalmente constitucionaliza algo que contradice la esencia del derecho en juego. Como son situaciones excepcionales, la regla general será la coincidencia, que es la que se asumirá a lo largo de este trabajo.

IV. CONTENIDO CONSTITUCIONAL ESENCIAL Y NO ESENCIAL

1. Teoría absoluta: conflicto y sacrificio de derechos fundamentales

El contenido constitucional de un derecho fundamental es su contenido esencial, y este es el conjunto de atribuciones que el derecho depara a su titular y hace que el derecho sea ese derecho y no un derecho diferente. Esta definición rápidamente permite concluir que el contenido esencial es todo el contenido constitucional del derecho fundamental. El contenido esencial no tiene dos partes, una esencial y otra no esencial, sino que el contenido es uno sólo, es, en este sentido, un contenido único.

Conocido es que la llamada teoría absoluta de los derechos fundamentales afirma que el contenido de un derecho fundamental tiene dos partes. Una parte nuclear y otra parte periférica. La parte nuclear sería la parte esencial del derecho que no admite ser ni limitada, ni restringida ni sacrificada, porque de serlo supondría la vulneración del derecho mismo. Esa parte es absoluta para los destinatarios de los derechos fundamentales que, como se sabe, lo es tanto el poder público como los particulares. Así, ni el Legislador, ni el Gobierno ni el Juez y ni el particular pueden limitar la parte esencial del derecho. Por otro lado, la parte periférica viene a ser la parte no esencial del derecho, la cual podrá ser limitada, restringida o sacrificada siempre y cuando ello sea necesario para salvar otro derecho fundamental o un bien jurídico constitucional[25].

Esta teoría, que hoy en día tiene bastante acogida y difusión, tiene una serie de falencias que he tratado de poner de manifiesto en otro lado[26]. Aquí sólo me he de referir a dos. Primera, nada indica en la esencia del derecho que deba tener dos partes, por el contrario

[25] Como bien se ha puesto de relieve, en estas teorías "la periferia puede ser restringida, según las necesidades que se deriven de otros derechos, bienes o intereses que aparezcan tipificados en la Constitución o que sean relevantes en la vida social". BERNAL PULIDO, Carlos (2003): 405.

[26] CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2007): 229 y ss.

una división así es consecuencia de una determinada concepción de los derechos fundamentales que no siendo la única conlleva una serie de deficiencias y aporías. Consecuentemente no habrá nada realmente objetivo que permita trazar una línea exacta que divida lo sacrificable de lo no sacrificable al nivel constitucional del derecho, por lo que quienes se aferren a esta labor finalmente decidirán con base en arbitrariedades, con mayor o menor intensidad y calado pero arbitrariedad a fin de cuentas. Y segundo, si la parte no esencial se podrá restringir sólo cuando es necesario para salvar otro derecho fundamental o un bien jurídico constitucional, entonces la parte no esencial tendrá rango constitucional, pues si no lo tuviese podría ser restringida para salvar un derecho o bien jurídico infraconstitucional. De modo que cuando se restringe la parte no esencial se está restringiendo, limitando o sacrificando contenido de rango constitucional, es decir, la Constitución misma, con lo que ello tiene de anulación al principio de normatividad de la Constitución[27].

La teoría parte de un concepto de derechos fundamentales que tiene los siguientes elementos: los derechos fundamentales son mandatos de optimización[28] en el sentido que tienen un contenido que tiende a expandirse ilimitadamente; pero en la medida que no es posible una pacífica convivencia con base en derechos ilimitados, surge la necesidad de frenar la expansión y –de ser el caso– contraer el contenido expandido hasta un punto que haga posible la convivencia humana. Así, el derecho inicialmente daría derecho a todo (sería un derecho *prima facie*)[29], entraría en conflicto inevitable con otros derechos fundamentales[30] y, finalmente, daría derecho a algo limitado fruto de haberse restringido[31], lesionado[32] o sacrificado[33] el contenido constitucional de los derechos fundamentales que se le oponían[34].

---

[27] Principìo por el cual "[l]a interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto". EXP. N.° 5854–2005–PA/TC, del 8 de noviembre del 2005, F. J. 12.e.

[28] ALEXY, Robert (1993): p. 86.

[29] Así, se ha escrito que "[b]asta que la norma o la posición jurídica correspondiente tenga por lo menos una propiedad que la relacione con la disposición iusfundamental, para que se le pueda considerar como una norma o posición adscrita *prima facie*". BERNAL PULIDO, Carlos (2003): 460.

[30] El conflicto constitucional es definido, en palabras de Alexy, como "dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorio". ALEXY, Robert (1993): 87.

[31] Término empleado por Prieto Sanchís. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis (2003): 227.

[32] Término empleado también por Prieto Sanchís. PRIETO SANCHÍS, Luis (2003): 239.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

Sin embargo, y como se ha dicho antes, este modo de entender los derechos fundamentales conlleva una serie de deficiencias y aporías. Por lo pronto, nada objetivamente hace pensar que el derecho tienda a expandirse ilimitadamente en su contenido. Por el contrario, existen razones fuertes para considerar precisamente lo contrario. En efecto, si los derechos humanos son el conjunto de bienes humanos debidos a la persona por ser persona, y los bienes humanos satisfacen exigencias y necesidades humanas de modo que perfeccionan al *ser* humano, el cual tiene una naturaleza compleja, compuesta al menos por un ámbito material otro espiritual, así como uno individual y otro social[35]; entonces no será un verdadero bien humano uno tal cuyo contenido impida la consecución de otros bienes humanos, para la persona misma o para las demás con las que convive[36]. La plena realización de la persona humana no demanda que se le permita un hacer (positivo o negativo) ilimitado, por el contrario, un hacer de esa naturaleza entorpece la consecución de otros bienes humanos que tienen que ver con la dimensión social de la persona humana.

Adicionalmente, partir de este modo de entender los derechos fundamentales conlleva no tomarse en serio ni a la persona, ni a la Constitución. No se toma en serio a la persona porque si una pretensión realmente forma parte de un derecho fundamental, tal pretensión le es debida y su no otorgamiento es injusto; con otras palabras, el sacrificio que se le exige supondrá un entorpecimiento cuando no una frustración en la consecución de su plena realización. Más aún, si tal sacrificio se realiza para permitir el ejercicio del derecho fundamental de otra persona, entonces la persona sacrificada deja de ser un fin para convertirse en un medio para la realización de la persona favorecida. Dicho claro: unas personas valdrán más que otras y estarán por encima es éstas, en la medida que de unas se exige el sacrificio de su realización personal para favorecer el de las otras[37].

---

[33] Así, Alexy habla de sacrificios innecesarios (*unnötiger Opfer*) y de sacrificios necesarios (*erforderlichen Opfer*). ALEXY, Robert (2002): 25.

[34] Por ejemplo, el derecho a la libertad de información, *prima facie*, daría derecho a publicar de quien sea del modo que sea. Pero como no sería posible la convivencia humana de permitirse un derecho así, habrá que restringir o sacrificar el derecho –aunque sólo en lo necesario– para permitir el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el honor o la intimidad. El derecho sacrificado sería el derecho definitivo.

[35] Ámbitos que no han sido extraños a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, el que tiene manifestado que "[l]a relación íntima entre hombre y mujer es un derecho natural inherente a la naturaleza humana (...) que tiene relación directa con la libertad del hombre individual y socialmente, en el primer caso, está íntimamente relacionado con su normal desarrollo sicofísico y su bienestar espiritual, y en el segundo caso con su desenvolvimiento familiar y social". EXP. N.º 01575–2007–PHC/TC, 20 de marzo de 2009, F. J. 2.

[36] SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando (2000): 92–93.

[37] SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando (2000): 94.

No se toma en serio a la Constitución porque este modo de asumir los derechos fundamentales justifica el sacrificio y restricciones de un contenido que de existir es contenido constitucional. Como se argumentó antes, el hecho de que la restricción de la parte no esencial de un derecho fundamental sólo se justifica por la salvación de un derecho o bien constitucional, hace que ella tenga rango constitucional. Así la restricción del contenido no esencial que es contenido constitucional significará la restricción de la Constitución. La Norma fundamental, por tanto, deja de ser plenamente normativa. Asimismo, si se parte de que el ejercicio del contenido constitucional de un derecho fundamental (en su parte esencial o no esencial), requiere el sacrificio del contenido constitucional de otro derecho fundamental (en su parte no esencial), significará que ambos contenidos son contradictorios, si no lo fuesen sería posible el ejercicio armoniosos y conjunto de ambos, sin necesidad de restricciones ni sacrificios de uno de ellos. Pues bien, si son contradictorios habrá que asumir que la Constitución se contradice y que no es posible interpretarla como si de una unidad se tratase, como lo exige el principio de interpretación unitaria de la Constitución.

Entender los derechos fundamentales tal y como lo hace la teoría absoluta al dividir su contenido constitucional en dos partes, una esencial y otra no esencial, conlleva las deficiencias apuntadas. Éstas no son de poca relevancia, en la medida que atañen la desnaturalización de la persona (al convertirla en medio y, por ello, jerarquizable), la desnaturalización de la Constitución (al socavar su normatividad y unidad), y la obtención de respuestas sustentadas en la arbitrariedad. Por lo que resulta siendo necesario preguntarse si es posible un entendimiento diferente de los que es los derechos fundamentales.

2. Teoría armonizadora: coexistencia y delimitación del contenido esencial

Afortunadamente el concepto de derechos fundamentales del que parte la teoría absoluta no es el único posible. Con base en la consideración de los derechos humanos como bienes humanos que brotan de la naturaleza y esencia humana, es posible pensar los derechos fundamentales como los derechos humanos constitucionalizados. Al recogerse en la Constitución, el derecho lleva consigo –como resulta obvio– su esencia, la cual conforma el contenido esencial del derecho fundamental. Este es un contenido constitucional único y que es calificado de esencial no para diferenciarlo de un supuesto contenido constitucional no esencial, sino para significar que todo él brota de la esencia del derecho que se trate, es

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

decir, de aquello por lo cual el derecho es el que es y no es un derecho diferente. Por constituir la esencia del derecho, el contenido único no puede ser sacrificado ni restringido, pues sacrificar la esencia de la cosa supondrá su desaparición; es decir, el sacrificio de la esencia del derecho fundamental supondrá su vulneración.

Este contenido esencial o constitucional del derecho fundamental que es uno sólo, está conformado por una serie de atribuciones o facultades que tienen una finalidad que ilumina y da sentido a su existencia y a su alcance. Tal finalidad es satisfacer una necesidad o exigencia humana para permitir una mayor realización o perfeccionamiento humano, de modo que el contenido esencial del derecho fundamental estará compuesto por aquellos elementos que hagan posible la consecución del bien humano que, se ha de insistir, no sólo es individual, sino también social, y no sólo es material, sino también espiritual. Esto obliga a considerar que el contenido esencial de un derecho fundamental necesariamente es un contenido limitado, no sólo porque la esencia es siempre limitada, precisamente porque permitirá la existencia de una determinada cosa –en este caso un derecho–, no de todas las cosas o de cualquier cosa; sino también porque no es una esencia desbocada, sino guiada por una finalidad concreta, de manera que sólo conformará el contenido esencial las atribuciones y facultades encaminadas a la consecución de esa finalidad.

Como el contenido único acoge sólo las atribuciones y facultades exigidas por la consecución de un determinado bien humano, son esas las debidas a la persona humana porque son esas las que le corresponden por ser persona. De modo que no podrá negársele ninguna de ellas, sin con ello generar una injusticia. Efectivamente, si las atribuciones del contenido esencial del derecho fundamental permiten la consecución de un bien humano que supondrá a su vez la adquisición de grados de perfeccionamiento y realización humana, entonces, no existe ninguna razón para negarla a la persona; si se le negase se impedirá su realización y con ello su consideración de fin en si misma. Consecuentemente, actuar en justicia significará reconocer y garantizar el ejercicio de tales atribuciones o facultades; lo cual a su vez supondrá la necesidad de identificarlas, es decir, de determinar cuáles son.

A partir de aquí es posible caracterizar el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental como un contenido único, limitado, ilimitable y delimitable. Con base en este concepto, los derechos fundamentales serán realidades limitadas y orientadas a una finalidad determinada, lo que permitirá su coexistencia armónica, y quedará anulada la posibilidad de que dos contenidos esenciales o constitucionales de derechos fundamentales

diferentes puedan realmente entrar en conflicto verdadero. Así lo confirma, por otro lado, el hecho de que si los derechos humanos son derechos que brotan de la naturaleza humana, y la persona es una unidad radical, de su esencia no pueden brotar exigencias contradictorias ni bienes humanos contradictorios, por lo que no podrá existir derechos humanos opuestos en su contenido esencial y, consecuentemente, no podrían existir derechos fundamentales en real oposición y conflicto en su contenido esencial o constitucional. Adicionalmente, lo confirma el hecho de que una vez constitucionalizados, el principio de interpretación de la Constitución exige interpretar de modo armónico el contenido constitucional o esencial de todos los derechos fundamentales.

Al no haber conflicto entre ellos, no habrá derechos fundamentales vencedores y derechos fundamentales vencidos o sacrificados, consecuentemente, no habrá personas de mayor importancia que otras. En este contexto, optimizar los derechos fundamentales significará hacer que el contenido esencial o constitucional y además limitado de un derecho fundamental tenga plena vigencia (según las posibilidades jurídicas y fácticas); y la proporcionalidad será un instrumento, no para determinar cual derecho vence entre dos derechos en pugna, sino para determinar cual de las dos partes ha invocado correctamente su derecho fundamental como cobertura constitucional de su pretensión. Es decir, la técnica de la proporcionalidad y, en particular, la de ponderación, servirá para delimitar el contenido esencial o constitucional del derecho fundamental.

La delimitación, habrá que precisar, no puede realizarse en abstracto, sino en las circunstancias de un caso concreto. En ellas y con base a ellas se tendrá que responder si una determinada pretensión forma o no parte del contenido esencial de un derecho fundamental. No se pretenda ver este modo de entender los derechos fundamentales como uno tal que posibilita y exige la delimitación general y válida para siempre del contenido esencial de un derecho fundamental. Se trata de algo más sencillo: en el contexto de un conflicto de pretensiones, hay que determinar cual de ellas cae dentro del contenido esencial del derecho fundamental invocado como cobertura y cual no, porque no podrá ser posible que ambas pretensiones sean consecuencia del contenido esencial de ambos derechos y a la vez resulten contradictorias.

Y es esta la diferencia más importante en la operatividad iusfundamental a la que se arriba desde uno u otro modo de entender los derechos fundamentales: la pregunta que el Juez u órgano decisor ha de responder. Imaginemos una controversia iusfundamental en la que

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

una parte tiene una Pretensión P_1 y la otra una pretensión P_2. Imaginemos que para justificar P_1 se ha invocado un derecho fundamental D_1, y para justificar P_2 un derecho fundamental D_2. Si el Juez parte desde la concepción que los derechos fundamentales tienen un contenido que tiende a expandirse ilimitadamente al punto que chocan con el contenido también con tendencia de expansión ilimitada de otro derecho fundamental, resolverá el caso respondiendo a la pregunta siguiente: de entre D_1 y D_2, ¿cuál derecho pesa más en el caso concreto y cual ha de ser sacrificado en su contenido constitucional? Mientras que quien parte de entender los derechos fundamentales como realidades esencialmente limitadas, que están llamadas a coexistir una con otra, la resolverá el caso respondiendo a la pregunta siguiente: de entre P_1 y P_2, ¿cuál pretensión cae dentro del contenido constitucional del derecho fundamental invocado y cual no? Con otras palabras, ¿cuál pretensión es consecuencia del ejercicio regular de un derecho fundamental y cuál es consecuencia del ejercicio extralimitado del derecho fundamental?

Es posible que tanto desde una como desde otra base dogmática se llegue a una misma respuesta a la hora de resolver una concreta controversia de relevancia iusfundamental, pero la diferencia la hace la corrección de la justificación. Es bien distinto afirmar y justificar que hay que acoger P_1 porque D_1 pesa más que D_2 que es el derecho que justifica P_2; que decir y justificar que hay que acoger P_1 porque cae dentro del contenido constitucional de D_1 y se desecha P_2 porque es una pretensión de ejercicio irrazonable y, por ello extralimitado de D_2. La justificación en el primer caso tiene una serie de deficiencias denunciadas líneas arriba; mientras que en el segundo resulta siendo respetuosa con el valor de fin de la persona (su dignidad), y con el valor de la Constitución (norma jurídica suprema plenamente vinculante que admite y reclama interpretación unitaria).

Si bien es cierto no han faltado los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano que, al menos en el planteamiento, hacían pensar en la suscripción de la antes referida teoría absoluta[38], más recientemente se va abriendo paso una decisiva y firme doctrina de la delimitación del contenido constitucional como método de resolución de las cuestiones

[38] Es especialmente clara la afirmación siguiente del Tribunal Constitucional peruano: "conforme al criterio uniforme de este Colegiado, ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento 'no esencial' del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)". EXP. Nº 0004–2004–AI/TC, y otros acumulados, del 21 de septiembre del 2004, F. J. 7.

iusfundamentales. Así, el Supremo intérprete de la Constitución tiene claramente establecido un *iter* procedimental a la hora de resolver controversias que atañen a los derechos fundamentales. Este *iter* está compuesto por tres pasos: "[e]n primer lugar, el juez constitucional debe identificar el derecho o derechos que expresa o implícitamente podrían verse afectados por los actos arbitrarios que son demandados (…). En segundo lugar, el juez constitucional debe identificar la verdadera pretensión del demandante. (…). En tercer lugar, el juez constitucional deberá analizar si la verdadera pretensión del demandante forma parte del contenido constitucionalmente protegido de algunos de los derechos fundamentales que son objeto de tutela del proceso [constitucional]"[39]. El tercer y decisivo paso muestra una clara inclinación no a jerarquizar derechos, sino a la delimitación de su contenido.

V. CRITERIOS PARA DELIMITAR EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL

La pregunta que conviene plantear en este estado es la siguiente: ¿Cuáles son los elementos hermenéuticos o criterios interpretativos que permiten delimitar el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental? A mi modo de ver, lo decisivo en las cuestiones iusfundamentales es saber determinar cuándo una pretensión forma parte del contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental por tratarse del ejercicio razonable de una o más de las atribuciones o facultades que lo componen. Para determinarlo existen una serie de herramientas hermenéuticas al alcance del intérprete constitucional, las cuales se pasan a presentar.

Si se trata de determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental es razonable empezar su delimitación desde la Constitución. Acudir a la Constitución significa en primer lugar fijarse en la concreta disposición que recoge el derecho fundamental cuyo contenido se trata de determinar (criterio de interpretación literal). Normalmente no alcanzará este primer criterio debido a que los derechos fundamentales son recogidos en normas abiertas y genéricas que precisan de concreción para su aplicación. Por lo que, en segundo lugar, se ha de acudir a todas aquellas disposiciones relacionadas con la disposición que recoge el derecho fundamental cuyo contenido se desea delimitar (criterio

[39] EXP. N.º 06218–2007–PHC/TC, del 17 de enero de 2008, F. J. 16. Este planteamiento claramente tiene su antecedente en la sentencia al EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, del 8 de julio del 2005, en la que el Tribunal Constitucional peruano manifestó que las pretensiones que tienen acogida a través del proceso de amparo, son las que "deriven directamente del contenido esencial de un derecho protegido por una disposición constitucional". F. J. 27.b.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

de interpretación sistemática o unitaria)[40]. Este segundo criterio viene exigido además por el requerimiento hermenéutico de considerar a la Constitución como si de una unidad se tratase (principio de unidad de la Constitución)[41]. La principal consecuencia de esta consideración es que de dos disposiciones constitucionales no pueden concluirse dos normas contradictorias entre sí, sino que una ha de ser interpretada en concordancia y armonía con las demás, y viceversa[42]. Acudir a la Constitución, como tercer criterio, también significará acudir a la Norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú y a la jurisprudencia que con base en esa normativa haya expedido los Tribunales internacionales con competencia para ello, pues así lo ha dispuesto la IV disposición final y transitoria de la Constitución (criterio de la cláusula internacional)[43].

Además, y como cuarto criterio, se ha de tomar en consideración el bien humano que está detrás del derecho fundamental cuyo contenido se intenta determinar (interpretación teleológica)[44]. En efecto, como ya se ha dicho antes, detrás de los derechos humanos o fundamentales está la persona, y aquellos buscan la plena realización o perfeccionamiento de ésta, a través de la consecución de bienes humanos[45]. De esta manera se ven satisfechos "los *intereses jurídicamente protegidos* como núcleo y médula de los derechos subjetivos [fundamentales]"[46]

[40] Bien ha reconocido el Tribunal Constitucional peruano cuando ha manifestado que "la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales". EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, citado, F. J. 21.

[41] Conforme al cual "la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto". EXP. N.° 5854–2005–PA/TC, citado, F. J. 12.a.

[42] MARTINEZ – PUJALTE, Antonio Luis (1997): 68.

[43] En palabras del Tribunal Constitucional peruano, "[d]e conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región". EXP. N.° 0218–2002–HC/TC, del 17 de abril del 2002, F. J. 2.

[44] Método de interpretación no ajeno a la jurisprudencia iusfundamental del Tribunal Constitucional peruano. Por todas, cfr. EXP. N.° 4677–2004–PA/TC, del 7 de diciembre del 2005, F. J. 2.

[45] SERNA, Pedro, (1994): 225.

[46] STC 11/1981, citada, F. J. 8.

El contenido del derecho fundamental es un conjunto de facultades dirigidas a la adquisición del bien humano y consecuente realización humana[47], esta es su finalidad[48].

Y, como quinto criterio, se ha de tomar en consideración las concretas circunstancias de cada caso a fin de justificar el alcance de protección constitucional que cada derecho fundamental trae consigo (criterio de concordancia práctica)[49]. El contenido del derecho fundamental no es estático con una fijación establecida para siempre, sino que tiene un alcance movible y dependiente del significado jurídico de los elementos fácticos que definen una concreta controversia iusfundamental[50]. Y es que los derechos fundamentales no se encuentran en el texto constitucional ya plena y completamente definidos en sus contornos inmanentes, de modo que el intérprete constitucional trabajase con reglas constitucionales precisas para resolver las controversias iusfundamentales[51]. De modo que preguntarse por el contenido constitucional o esencial de un derecho fundamental significará preguntarse si dadas las concretas circunstancias hay o no justificación constitucionalmente correcta para establecer que determinada pretensión conforma el contenido constitucional o esencial de un derecho fundamental, sin que esto niegue "que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en [la] ubicación de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y,

[47] Sin olvidar que el bien humano será realmente tal sólo si favorece la realización de la persona considerada en su complejidad esencial y, por tanto, considerada también en su vocación social y relacional.

[48] Acertadamente se ha escrito que "[l]a determinación del contenido esencial de un derecho fundamental guarda una relación estrecha con el examen de su finalidad". CIANCIARDO, Juan (2000): 279.

[49] Definido por el Tribunal Constitucional peruano como el principio a través del cual "toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta 'optimizando' su interpretación, es decir, sin 'sacrificar' ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional (...) se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio–derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución)". EXP. N.º 5854–2005–PA/TC, citado, F. J. 8.b.

[50] MARTINEZ– PUJALTE, Antonio Luis (1997): 73.

[51] No acierta Prieto Sanchís cuando critica este modo de entender los derechos fundamentales porque cree que lo propuesto es que los derechos fundamentales aparecen ya plenamente delimitados en el texto constitucional. Ha escrito este destacado profesor español que "la idea de que los derechos aparecen delimitados desde la Constitución, o de que entre los derechos y sus límites existen fronteras nítidas, creo que es una idea errada: desde la Constitución, es imposible formular un catálogo exhaustivo de los supuestos de aplicación de los derechos, así como de todas su excepciones". PRIETO SANCHÍS, Luis (2003): 220.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

Repositorio Institucional PIRHUA

más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho"[52]. Y es que, "no existe interpretación constitucional independiente de los problemas concretos"[53].

Con base en estos criterios de interpretación jurídico–constitucional, la herramienta de razonabilidad (principio de proporcionalidad), es empleada no para jerarquizar derechos *ad casum* (establecer cuál derecho pesa más que otro en las circunstancias del caso concreto), sino que será empleada para definir el concreto y razonable alcance constitucional de un derecho fundamental[54]. Así, es exigencia de razonabilidad constitucional que una determinada actuación (legislativa, por ejemplo, o también privada) persiga una determinada finalidad permitida por la Constitución y que esa actuación sea capaz de conseguir esa finalidad (juicio o exigencia de idoneidad). De igual manera, es exigencia de razonabilidad que la actuación venga exigida para la consecución del fin en un grado máximamente posible, pues toda actuación innecesaria es una actuación irrazonable (juicio o exigencia de necesidad).

Y finalmente, es exigencia de razonabilidad que se de cobertura a aquellos intereses o pretensiones que tienen una mayor importancia por ser reflejo de la esencia del derecho fundamental en juego, y no se de ninguna acogida (ni importancia) a aquellos intereses o pretensiones que desdigan o contradigan esa esencia (juicio o exigencia de ponderación). Es precisamente para saber determinar a cuál pretensión o interés se le ha de dar acogida que se han de emplear los criterios de interpretación antes mencionados: el literal, el sistemático, la cláusula internacional, el teleológico y el de concordancia práctica. La ponderación se convierte así no en un juicio económico para saber cuál derecho pesa más, sino el juego de principios de interpretación constitucional que permita justificar suficientemente cuál pretensión forma parte del contenido constitucional o esencial del derecho fundamental invocado[55].

VI. CONTENIDO ESENCIAL O CONSTITUCIONAL Y CONTENIDO INFRACONSTITUCIONAL

Una última e importante cuestión queda aún por resolver. Se trata de la relacionada con el contenido infraconstitucional (legal o reglamentario) de un derecho reconocido por la

[52] EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, citado, F. J. 22.
[53] HESSE, Konrad (1995): 22.
[54] CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2008): 37–51.
[55] Idea que no ha sido ajena al Tribunal Constitucional peruano, el que tiene manifestado que "en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de 'unidad de la Constitución' y de 'concordancia práctica', cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo–axiológica de la Constitución en su conjunto". EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, citado, F. J. 21.

Constitución. El derecho humano positivado no está sólo conformado por su contenido esencial o constitucional, sino que puede llegar a tener también un contenido accidental, conformado por las exigencias meramente coyunturales o no esenciales del derecho. Una exigencia es tal cuando ella no define la existencia del derecho fundamental en sí mismo, es decir, su ausencia o presencia en nada desmerece o favorece la existencia del derecho mismo, en la medida que ella se define a partir de otros elementos, los esenciales. Así, lo que define uno u otro contenido jurídico de un derecho humano positivado será su directa e intensa vinculación a la naturaleza y esencia del derecho, el que a su vez viene estrechamente vinculado a la naturaleza y esencia humana. En este contexto, es posible afirmar que "los criterios de interpretación que sirvan a tal cometido [de diferenciación] deberán encontrarse inspirados, en última instancia, en el principio–derecho de dignidad humana"[56].

Por no atañer a la existencia del derecho, el contenido accidental no conforma el contenido constitucional del derecho fundamental, por lo que no viene recogido por la norma constitucional, sino por instancias normativas inferiores, así, normalmente viene o regulado o creado por la Ley y/o por el Reglamento[57]. Por esto, otro nombre que recibe el contenido accidental es contenido infraconstitucional. Esto no significa, habrá que decirlo inmediatamente, que todo contenido recogido en una ley no sea esencial y, por tanto, no deba ser considerado como contenido de rango constitucional. En efecto, de la misma forma que, como se dijo antes, al menos teóricamente es posible que en algún caso la Constitución pueda recoger un contenido no esencial, es también factible que sea la ley –o eventualmente, aunque es menos probable, el Reglamento[58]–, la que regule y concrete el contenido esencial de un derecho fundamental[59]. Este es el caso de las llamadas leyes de desarrollo constitucional emitidas por exigencia de los llamados derechos fundamentales

[56] Idem., F. J. 27.

[57] A estas dos modalidades se ha de agregar otras como: la consuetudinaria y la contractual (EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, citado, F. J. 9), sobre las cuales se podrá realizar los mismos juicios que se realicen sobre la Ley o Reglamento.

[58] Esto por la sencilla razón de que existe una reserva de ley a favor del desarrollo legislativo de un derecho fundamental. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, (2007): 412 y ss.

[59] A esto se ha referido el Tribunal Constitucional peruano cuando ha manifestado que "el hecho de que un derecho se encuentre regulado en una ley, reglamento o acto de particulares no implica *per se* que carezca de fundamentalidad o relevancia constitucional y que consecuentemente no sea susceptible de protección en la jurisdicción constitucional, pues existe un considerable número de casos en los que la ley, el reglamento o el acto entre particulares tan sólo desarrollan el contenido de un derecho fundamental de manera que este contenido, por tener relevancia constitucional, sí es susceptible de protección en la jurisdicción constitucional". EXP. N.º 03057–2007–PA/TC, del 3 de febrero del 2009, F. J. 3.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

de configuración legal[60], los cuales pueden definirse a partir de la concurrencia de dos elementos: primero, la disposición general que los recoge no alcanza para definir su operatividad; pues, y en segundo lugar, son derechos cuya naturaleza demanda de una estructura adicional por parte del poder público.

Así, por ejemplo, es un derecho fundamental de configuración legal el derecho "a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum" (artículo 2.17 CP). En este ejemplo, del sólo texto de la Constitución no es posible concluir cómo se elegirán a las autoridades, o cómo se les ha de revocar o remover, o cómo tener iniciativa legislativa o cómo participar en referéndum. De manera que ningún ciudadano pudo ejercer, por ejemplo, el derecho de revocación de autoridades sino hasta que entró en vigor la Ley 26300, Ley de participación y control ciudadano, y se estableció los requisitos para iniciar un procedimiento revocatorio, el procedimiento en sí mismo y la consecuencia.

Otro ejemplo, esta vez recogido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, es el referido al derecho fundamental a la pensión. Desde las disposiciones constitucionales 10 y 11, no es posible saber a que da derecho el derecho a la pensión, por lo que no es posible ejercitarlo. Para ejercitarlo se requiere de concreción. Con base en esto, el Supremo intérprete de la Constitución ha procedido "a 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"[61].

Es así que afirmó, con carácter de precedente vinculante además, que forma parte del contenido constitucional o esencial del derecho fundamental "[e]n primer término (…) 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

[60] En palabras del Tribunal Constitucional peruano, "existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27º de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. *Cfr*. STC 0976–2001–AA, Fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales". EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, citado, F. J.11.

[61] Idem., F. J. 37.

Repositorio Institucional PIRHUA

Pensiones (…). En segundo lugar, (…), las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión"[62]. Las leyes que dispongan estos requisitos sin trasgredir las exigencias de razonabilidad y de ajustamiento a los demás derechos fundamentales y bienes jurídico–constitucionales, permiten terminar de configurar el contenido constitucionalmente protegido o esencial del derecho fundamental, por lo que no pueden ser tenidas como concreciones infraconstitucionales.

Los derechos fundamentales de configuración legal no se abandonan por completo a las determinaciones que realice el Legislador[63], sino que de la Constitución misma brotan al menos las siguientes dos exigencias: primera, que la configuración legal que se establezca no haga perder la identidad del derecho que se trate; consecuentemente, y en segundo lugar, la configuración que decida el legislador no puede contener exigencias irrazonables que desnaturalicen el derecho mismo[64]. Estas dos exigencias brotan y conforman el contenido esencial del derecho fundamental a ser configurado por la Ley, por eso es que se puede afirmar que la "capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales"[65], por lo que "la regulación por el legislador de los derechos o bienes de configuración legal no puede ser discrecional, pues ésta se encuentra limitada por el contenido constitucional esencial del derecho o bien regulado"[66]. Es decir, lo que hace una Ley de desarrollo constitucional es concretar la abierta y genérica disposición constitucional, y al concretar delimitar el contenido constitucionalmente protegido o esencial del derecho fundamental. Así, "la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental"[67], y permitir con ello su plena operatividad.

---

[62] Idem. F. J. 37.a.

[63] Como bien ha dicho el Tribunal Constitucional peruano, "Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución". Idem., F. J. 12.

[64] Bien didáctico es el Tribunal Constitucional peruano cuando ha afirmado en referencia al derecho fundamental de acceso a los recursos que "en tanto derecho de configuración legal, corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir. Su contenido constitucionalmente protegido garantiza que no se establezca y aplique condiciones de acceso que tengan el propósito de disuadir, entorpecer o impedir irrazonable y desproporcionadamente su ejercicio". EXP. N.º 5194–2005–PA/TC, del 14 de marzo del 2007, F. J. 5.

[65] EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, citado, F. J. 12.

[66] EXP. N.º 00013–2009–PI/TC, del 4 de enero de 2010, F. J. 6.

[67] EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, citado, F. J., 12.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

Pues bien, toda ley de configuración legal tiene formalmente rango de ley, de ahí que pueda ser discutida en su constitucionalidad para obtener su derogación (demanda de inconstitucionalidad) o para obtener su inaplicación (demanda de amparo)[68]. Sin embargo, la configuración constitucionalmente correcta que establezca el legislador, materialmente tendrá rango constitucional en la medida que lo por ella dispuesto pasa a conformar parte del contenido esencial del derecho fundamental. De allí que la transgresión de la configuración legal de un derecho fundamental suponga la vulneración del contenido esencial o constitucional del derecho y la consecuente procedencia de una demanda constitucional de amparo (o de hábeas corpus o hábeas data, según corresponda).

VII. PARA CONCLUIR

1. El amparo protege contenido constitucional de los derechos fundamentales

De manera que es posible sostener que todo derecho fundamental puede llegar a tener niveles diferentes de contenido, los cuales se corresponden por su importancia a rangos normativos diferentes[69]. Así, todo derecho fundamental tiene un contenido jurídico, el cual puede ser por un lado esencial o constitucional; y por otro accidental o infraconstitucional (legal y reglamentario). El primero define al derecho mismo en la medida que alude a la esencia del derecho; el segundo regula aspectos que no son decisivos para la existencia y reconocimiento del derecho como tal, y en esa medida tienen menos importancia y van recogidos en categorías normativas inferiores a la Constitución. De entre estos dos niveles, el amparo –como el hábeas corpus y el hábeas data– está llamado a proteger de un derecho fundamental, sólo el contenido que se coloque en el primer nivel, el que se corresponde con la esencia del derecho fundamental[70]. De modo que "procesos como el amparo por la propia naturaleza del objeto a proteger sólo tutelan pretensiones que están relacionadas con el ámbito constitucional de un derecho fundamental"[71]; consecuentemente, la demanda constitucional "resultará improcedente cuando la titularidad subjetiva afectada

[68] Bien hace el Tribunal Constitucional peruano al negar que "la ley llamada a precisar determinadas delimitaciones respecto del contenido protegido de estos derechos [fundamentales], de la garantía que supone o de los bienes involucrados, se encuentre exenta de un control de constitucionalidad". EXP. N.º 00013–2009–PI/TC, citado, F. J. 6.

[69] CASTILLO CÓRDOVA, Luis, (2009): 135–139.

[70] Acierta, por ello, el Tribunal Constitucional peruano cuando afirma que "una demanda planteada en un proceso constitucional *de la libertad*, resultará procedente toda vez que la protección de la esfera subjetiva que se aduzca violada pertenezca al contenido esencial del derecho fundamental o tenga una relación directa con él". EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, citado, F. J. 27.b.

[71] EXP. N.º 03057–2007–PA/TC, citado, F. J. 3.

tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infraconstitucionales"[72]. Todo lo que quede fuera del ámbito constitucional o esencial pasa a ser protegido a través de los procesos ordinarios, lo contrario "implicaría pretender otorgar protección mediante los procesos constitucionales a derechos que carecen de un sustento constitucional directo, lo que conllevaría su desnaturalización"[73].

2. El amparo debe ofrecer una tutela urgente

Precisamente porque el amparo protege sólo el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental, puede afirmarse que la tutela que dispensa debe de ser urgente porque grave es la agresión que está llamado a enfrentar[74]. Toda agresión al contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental es una grave afrenta para la persona humana y a la institucionalidad constitucional de una comunidad política que reclama ser rápidamente cesada. En efecto, agredir un tal contenido supone dificultar o impedir la obtención de un bien humano y con ello, postergar o imposibilitar la adquisición de un grado de perfeccionamiento humano, lo que equivale a decir que la persona –en esas circunstancias concretas– ha dejado de ser fin en sí misma para pasar a ser medio. Asimismo, agredir un tal contenido significa agredir la Norma jurídica fundamental, base que decide la validez jurídica de todas las normas y actos con relevancia jurídica que puedan realizarse. Vulnerar la Constitución significa agredir el fundamento del ordenamiento jurídico en su conjunto y debilitar su función reguladora. Un sistema jurídico en el cual su base no es sólida, está destinado a derrumbarse y desaparecer, primero por ineficaz, y como ineficaz –en segundo lugar– convertirse en un estorbo para la convivencia humana.

3. Una mirada rápida a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

El artículo 200.2 CP, al disponer que la acción de amparo es una garantía constitucional y que procede en defensa de los derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los derechos protegidos por el hábeas corpus y por el hábeas data. Desde esta disposición constitucional es posible concluir las siguientes dos interpretaciones (N): N_1: El amparo

[72] EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, citado, F. J. 27.b.
[73] Idem, F. J. 27.
[74] Con acierto se ha dicho que "[s]iendo el Amparo un proceso de tutela de urgencia de un derecho constitucional, se quiere evitar que se lleve a esta vía extraordinaria asuntos ajenos al contenido relevante y esencial constitucionalmente protegido del derecho invocado, los que pueden resolverse por las vías judiciales ordinarias o específicas o el proceso arbitral". EGUIGUREN PRAELI, Francisco (2006): 72.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

protege todo el contenido de los derechos fundamentales no protegidos por el hábeas corpus ni por el hábeas data; N_2: El amparo protege sólo el contenido constitucional de los derechos fundamentales no protegidos por el hábeas corpus ni por el hábeas data.

De entre estas dos normas es N_2 la que se condice con la esencia del proceso de amparo, por lo que es la interpretación constitucionalmente correcta. Precisamente por esto es que acierta el legislador a la hora de decidir que no proceden los procesos constitucionales (el amparo, por ejemplo), cuando "Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado" (artículo 5.1 CPConst.); y en particular ha decidido que "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" (artículo 38 CPConst.)[75]. Lo único que se protege a través del amparo es el contenido constitucionalmente protegido o contenido esencial de un derecho fundamental, sea este expreso o implícito, o haya sido o no concretado por la ley[76].

En el marco de estas disposiciones se ha desenvuelto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, en la cual es posible destacar al menos los siguientes tres supuestos de improcedencia de la demanda constitucional. Un primer supuesto es el referido al contenido jurídico infraconstitucional de derechos fundamentales. En este rubro sobresalen los criterios jurisprudenciales que con carácter de precedente vinculante fueron dados por el Alto Tribunal en referencia a los derechos a la pensión y al trabajo. Se trata de contenidos legales que conforman el contenido del derecho, pero en aspectos no esenciales sino accidentales.

En relación al derecho a la pensión, tiene dicho el mencionado Tribunal que "las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión"[77]. Habrá que reconocer corrección constitucional a este criterio jurisprudencial si se considera en sí mismo el reajuste o el tope, pero que en conjunción con otro derecho

[75] Con la anterior legislación procesal constitucional ocurrió una verdadera des naturalización del amparo por parte de abogados litigantes y de jueces constitucionales quienes lo dirigieron y aceptaron para proteger contenido infraconstitucional de los derechos fundamentales. Cfr. EGUIGUREN PRAELI, Francisco (2002): 219-220.
[76] Y para así "evitar la 'inflación' de derechos e impedir que se abra la puerta al amparo en casos que no corresponde". ABAD YUPANQUI, Samuel (2004): 108.
[77] EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, citado, F. J. 37.g.

fundamental (derecho a la vida) o principio constitucional (principio de razonabilidad), puede llegar a adquirir relevancia constitucional.

En relación al derecho al trabajo, los criterios jurisprudenciales se dividen según se trate de la actividad laboral privada o de la pública. De la primera ha manifestado el Tribunal Constitucional que "los amparos que se refieran a la materias descritas (…), que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declaradas improcedentes en la vía del amparo"[78]. De modo que lo que en la Ley procesal de trabajo se haya dispuesto como competencia de los jueces y salas laborales[79], no podrá ser discutido por amparo, debido a la errónea consideración de que el amparo en el Perú es un recurso cuando en realidad es una acción. Se trata de un criterio jurisprudencial sin corrección constitucional, por la razón sencilla de que la competencia no determina el nivel constitucional (o esencial) o no de la materia, sino que es la significación constitucional o no de un asunto el que determina la competencia, ya sea procesal constitucional ya sea procesal ordinaria.

Mientras que en lo referido al derecho al trabajo en la actividad pública, tiene manifestado el Tribunal Constitucional que no forman parte del contenido constitución del derecho al trabajo, sino de su contenido legal los "derechos reconocidos por la ley, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N.º 27803, entre otros"[80]. Criterio jurisprudencial al que también se ha de reconocer corrección constitucional si no se olvida que, dependiendo de las circunstancias, algunas de estas materias pueden comprometer el contenido constitucional de derechos fundamentales como la igualdad, o de principios constitucionales como el de razonabilidad.

[78] EXP. N.º 0206–2005–AA/TC,del 28 de noviembre del 2005, F. J. 18.
[79] En la actual vigente Ley 26636, la competencia de los juzgados y salas laborales está recogida en el artículo 4. Mientras que en la aprobada y aún en *vacatio legis*, Ley 29497, viene recogida en los artículos 2, 3 y 4.
[80] EXP. N.º 0206–2005–AA/TC, citado, F. J. 23.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

Y dentro de este primer supuesto también se ha mencionar el derecho de posesión, respecto del cual ha mencionado el Tribunal Constitucional que "es un derecho sin relevancia constitucional el derecho de posesión regulado en el artículo 896° del Código Civil o los beneficios de combustible o chofer para militares regulados en el Decreto Ley N.° 19846"[81]. Y es que "no obstante configurarse como uno de los elementos que integran la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de dicho derecho, careciendo por tanto de protección en sede constitucional, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos que la ley establece, a través de los procesos ordinarios"[82].

Un segundo supuesto lo conforman pretensiones que relacionadas con el contenido constitucional o esencial de un derecho fundamental, suponen una actividad que no es propia de la constitucional, sino de la jurisdicción ordinaria. Así, pretensiones como la nueva valoración de las pruebas en un proceso[83], o la determinación de la validez de un contrato[84]; o pretensiones que exigían previamente determinar la interpretación correcta de disposiciones legales[85], o la interpretación de hechos[86], o la aplicación del derecho ordinario a los casos individuales[87], así como la competencia de un juzgado que debe sustanciar un litigio[88]. Estas tareas que son propias del juez ordinarios no pueden ser asumidas por el juez constitucional, pues "[l]os jueces de amparo no son jueces de la ley sino de los derechos fundamentales y, por tanto, de la Constitución"[89]. La única excepción a esta regla se configura cuando en la realización de estas sus competencias propias, termina agrediendo el contenido constitucional de algún derecho fundamental, ya que "es evidente que allí donde el ejercicio de una atribución exclusiva vulnera o amenaza un derecho reconocido por la Constitución, se tiene, porque el ordenamiento lo justifica, la

[81] EXP. N.° 4778–2008–PA/TC, del 30 de enero del 2009, F. J. 3.
[82] EXP. N.° 03187–2008–PA/TC, del 24 de noviembre del 2008, F. J. 5.
[83] EXP. N.° 05792–2007–PHC/TC, del 27 de noviembre del 2007, F. J. 3.
[84] EXP. N.° 03057–2007–PA/TC, citado, F. J. 3.
[85] Fue el caso en el que lo decisivo pasaba "porque este Colegiado establezca, previamente, cuál es la interpretación correcta, entre otros, de los artículos 794° y 796° del Código Civil, disposiciones que regulan el régimen jurídico de los albaceas". EXP. N.° 02805–2008–PA/TC, del 4 de mayo del 2009, F. J. 4.
[86] Fue el caso en el que lo decisivo fue "la apreciación de que si los hechos que se le atribuyen al favorecido constituyen, o no, delito en el país de Escocia". EXP. N.° 04739–2008–PHC/TC, del 4 de mayo del 2009, F. J. 3.
[87] EXP. N.° 09146–2006–PA/TC, del 10 de enero del 2007, F. J. 4.
[88] EXP. N.° 0333–2005–AA/TC, del 5 de diciembre del 2005, F. J. 5.
[89] EXP. N.° 04245–2004–AA/TC, del 18 de marzo del 2005, F. J. 5.

posibilidad de reclamar protección especializada en tanto es ese el propósito por el que se legitima el proceso constitucional dentro del Estado constitucional de derecho"[90].

Si bien todos los derechos en cuanto pretensiones jurídicas subjetivas pueden ser relacionados con el contenido jurídico de algún derecho fundamental, hay derechos –y este es el tercer supuesto– que son asumidos por el Tribunal Constitucional como derechos de creación u origen legal, así, por ejemplo, "es un derecho sin relevancia constitucional (...) los beneficios de combustible o chofer para militares regulados en el Decreto Ley N.º 19846"[91]; los beneficios tributarios[92]; o el derecho del trabajador a un seguro de vida a cargo de su empleador una vez cumplido cuatro años de trabajo según el decreto legislativo 688[93].

BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel (2004): *El proceso constitucional de amparo*, Gaceta Jurídica, Lima.

ALEXY, Robert (2002): "Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 61, págs. 8-33.

ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz, CEC, Madrid.

BACHOF, Otto (2008): *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima 2008.

BERNAL PULIDO, Carlos (2003), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

BLECKMAN, Albert (1993): *Staatsrecht II – Die grundrechte*, 4. Auflage, Karl Heymanns, Berlín, 1997.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2007): *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Lima.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2008): "Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad", en *Gaceta Constitucional* número 8, págs. 37-51.

[90] EXP. N.º 3282–2004–HC/TC, del 3 de mayo del 2005, F. J. 2.
[91] EXP. N.º 03057–2007–PA/TC, citado, F. J. 3.
[92] EXP. N.º 05970–2006–PA/TC, del, F. J. 9.
[93] EXP. N.º 01787–2006–AA/TC, del 27 de febrero del 2007, F. J. 3.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2009a): "El proceso constitucional de amparo", en IDEM (Coordinador) Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional. Análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo, Gaceta Jurídica, Lima.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2009b): "La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho", en SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima.

CIANCIARDO, Juan (2000): *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco (2002): "Las distorsiones en la utilización del Amparo y su efecto en la vulneración del debido proceso: ¿Cabe un amparo contra otro amparo?", en IDEM, *Estudios Constitucionales*, ARA Editores, Lima.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco (2006): "La opción por un amparo estricto y residual en el Perú", en Estudios Constitucionales, año4, número 2, Universidad de Talca, pags. 67-85.

HESSE, Konrad (1995): *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepubik* Deutschland. C. F. Müller, 20 Auflage, Heidelberg.

KANT, Immanuel (1996): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2ª edición, Ariel Filosofía, Barcelona.

MARTINEZ – PUJALTE, Antonio Luis (1997): *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Cuadernos y debates, CEC, Madrid.

PÉREZ TREMPS, Pablo, (2002): "Los derechos fundamentales"; en AA. VV. *Derecho Constitucional I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo blanch, Valencia.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2003): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid.

SERNA, Pedro (1994): "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información", *Humana Iura* 4, Pamplona, págs. 197-234.

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando (2000): *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires.