



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA INTERVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis Castillo-Córdova

Perú, abril de 2009

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2009). La intervención sobre los derechos fundamentales. *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces*, tomo 185, 165-174.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

LA INTERVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis Castillo Córdova*

INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de *intervención* sobre un derecho fundamental se hace referencia a la posibilidad de llevar a cabo válidamente una limitación o sacrificio sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental. Y una tal intromisión puede ser llevada a cabo por cualquier órgano del poder público, así como los particulares. De entre ellos, las reflexiones que a continuación se presenta, se formulará especialmente del órgano judicial. Muchas son las cuestiones que pueden formularse en torno a esta posibilidad. A continuación se realizará un análisis individualizado de cada una de ellas a fin de dar cumplida respuesta de cada una de ellas. El punto de partida para hablar de intervenciones sobre los derechos fundamentales es la categoría ius fundamental llamada contenido esencial de un derecho fundamental, la cual se pasa a examinar a continuación.

LAS INTERVENCIONES COMO SACRIFICIOS Y LIMITACIONES

Teorías absoluta y relativa sobre el contenido esencial

La bibliografía acerca del contenido esencial de un derecho fundamental es amplia¹. Y no podía ser de otra forma cuando se trata sino de la principal, si de una de las más importantes herramientas iusfundamentales con las que cuenta el operador jurídico en el seno de un Estado constitucional de Derecho. Varias son las teorías que se han formulado a fin de definirla. Aquí sólo se referirán, y muy sucintamente, las llamadas teoría relativa y la teoría absoluta. Unas y otras se formulan como respuesta a las siguientes dos cuestiones. La primera es determinar la conformación del contenido esencial de un derecho fundamental; y la segunda es determinar cómo vincula el contenido esencial así conformado.

La teoría absoluta responde a la primera cuestión planteada afirmando que el contenido de todo derecho fundamental se compone de dos partes: un contenido nuclear y un contenido periférico o accidental. Una y otra parte del contenido forman dos círculos concéntricos, en el que el contenido nuclear es el círculo interior y el contenido periférico es el círculo exterior. La segunda cuestión es respondida de la siguiente manera: el contenido

* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Piura.

¹ Por sólo citar algunos, Cfr. BETHGE, Herbert. *Zur problematik von Grundrechtskollisionen*. Verlag Franz Vahlen, München, 1977; HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*. 3^o Auf., C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1983; LERCHE, Peter. *Grundrechtsschranken*. Am: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. "Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland", Band V: "Allgemeine Grundrechtslehren". C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992; BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima-facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998; HESS, Reinhold. *Grundrechtskonkurrenzen. Zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der freiheitsrechte*. Dunker & Humblot, Berlin, 2000. En lengua castellana cfr. DE OTTO, Ignacio, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades", en L. MARTIN RETORTILLO- DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, págs 93-172; DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001; GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; MARTINEZ-PUJALTE LOPEZ, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.



definido por el círculo interior, es decir, el contenido nuclear, es el contenido esencial del derecho y, consecuentemente, vincula de modo fuerte al poder público y a los particulares que son los destinatarios de la Constitución y, por tanto, de los derechos fundamentales. Que vincula de modo fuerte significa que en ningún caso puede ser limitado ni restringido en ese contenido nuclear, ni por el poder público ni por los particulares. El contenido definido por el espacio que iría entre el borde del círculo interior y el exterior es el contenido no esencial o periférico y, consecuentemente, no vincula sino de modo débil. Que vincula de modo débil significa que el contenido no esencial del derecho fundamental podrá ser intervenido, es decir, limitado y sacrificado siempre que ello se encuentre justificado en la necesidad de permitir el ejercicio de otro derecho o bien jurídico fundamental. Con otras palabras, “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”².

Las teorías relativas responden a la primera de las dos cuestiones de la siguiente manera: no existen dos partes en el contenido de un derecho fundamental, sino que todo él es una sola realidad que puede ser definida como esencial. Y responden a la segunda pregunta de la siguiente manera: todo el contenido de un derecho fundamental puede ser objeto de intervención en su contenido. Es decir, todo el contenido del derecho fundamental vincula sólo de modo débil o relativamente, pues podrá ser restringido o limitado siempre que así lo exija el ejercicio o vigencia de otro derecho o bien jurídico fundamental. Y es que “[p]ara esta teoría no existe, pues, algún elemento permanente identificable como contenido esencial del derecho”³.

De estas dos teorías la que mayor éxito ha tenido no sólo en la doctrina sino también en la práctica iusfundamental ha sido la teoría absoluta. Sin embargo, esta teoría no está exenta de deficiencias dogmáticas las mismas que se formularán a continuación y que pueden ser predicadas también de la teoría relativa para cuestionar sus bases dogmáticas.

Un determinado concepto de Constitución como punto de partida

La teoría absoluta parte de un determinado concepto de Constitución. Tal concepto tiene al menos las siguientes dos características: la Constitución está conformada por disposiciones de las que brotan normas unas opuestas a las otras; y (por lo que) la solución de las concretas controversias exige optar por una de las normas y desechar su contraria. Estas dos características se manifiestan especialmente de su parte dogmática, es decir, de aquél conjunto de disposiciones constitucionales en las que se recogen los derechos fundamentales, y a través de las cuales queda manifestada la apertura constitucional a la moral. La primera característica significa que de dos disposiciones constitucionales no es posible llegar a concluir normas que permitan una vigencia armónica de una y otra. Es decir, de una disposición constitucional siempre brotarán interpretaciones que se oponen a las interpretaciones que se concluyen de otra disposición constitucional. No será posible llegar a obtener interpretaciones de una y otra disposición que permitan la vigencia armónica de una y otra.

² BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p. 405.

³ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 21.

Por ejemplo, siguiendo la propuesta de la teoría absoluta, de la disposición recogida en el artículo 2.4 CP sólo sería posible concluir la siguiente norma (N₁): todos tenemos derecho a construir libremente mensajes informativos y a difundirlos también con plena libertad, por lo que está constitucionalmente prohibido los impedimentos y la censura previa. Es decir según N₁ estaría permitido la construcción y difusión de cualquier información, independientemente de su contenido. En buena cuenta,

N₁: Está permitida la emisión de cualquier mensaje comunicativo, incluso los mensajes sin interés público, con base en hechos no veraces y con expresiones insultantes.

De la disposición recogida en el artículo 2.7 CP sólo sería posible concluir la siguiente norma (N₂): todos tenemos derecho a la protección constitucional de un ámbito personal y a la protección constitucional de la consideración personal y social de uno mismo. Consecuentemente, según N₂ no estaría permitida la construcción y difusión de cualquier información, sino sólo aquella que se construye con base en hechos veraces, de interés público, y con expresiones no insultantes. Así, y en buena cuenta,

N₂: No está permitida la emisión de cualquier mensaje comunicativo, sino sólo los que se construyen con base en hechos veraces, de interés público y sin expresiones insultantes.

Como podrá apreciarse, N₁ tiene un contenido normativo opuesto a N₂, lo que hace que sean irreconciliables en su aplicación. Consecuentemente, no es posible una interpretación armónica, porque de una y otra disposición brotan mandatos deónticos contrarios. Porque de la Constitución es posible concluir mandatos contradictorios y opuestos entre sí, y esta es la segunda característica de la Constitución de la teoría absoluta, cuando se presente una controversia iusfundamental en la que se invocan ambas disposiciones constitucionales, el operador jurídico necesariamente ha de decantarse o por una o por otra para solucionar la controversia. En la medida que son dos disposiciones constitucionales de las que se desprenden dos normas contradictorias entre sí, resolver la controversia según una de esas normas supondrá necesariamente la ineficacia de la otra. Es decir, en la medida que son dos normas contrarias, elegir una significa desatender la otra. La norma desatendida es norma constitucional, y no habrá regido en el caso concreto.

Así, si un periodista pretende publicar una determinada información I, y un particular pretende que no se publique I; y el informador invoca su derecho a la libertad de información, y el particular su derecho al honor o a la intimidad; resuelva lo que resuelva el juez, siempre supondrá no atender un mandato deóntico vigente: el contenido en la norma que es contraria a la norma con la que finalmente resuelve el caso. Por ejemplo, si decide aplicar N₁ habrá desatendido a N₂, y viceversa. Estas características de la concepción de la Constitución en la Teoría absoluta, suponen a su vez unas determinadas características en el concepto de derechos fundamentales, como se pasa a estudiar.

Contenido prima facie

La teoría absoluta maneja un concepto de derechos fundamentales con las siguientes características: tienen un contenido constitucional *prima facie* ilimitado; el que luego de la correspondiente ponderación se convierte en contenido definitivo. Lo primero a determinar



en este punto es si cuando se habla de contenido esencial y de contenido no esencial se está haciendo referencia o no al contenido constitucional. Esta cuestión se presenta por el hecho fácilmente constatable de que el contenido jurídico de un derecho fundamental puede tener un ámbito constitucional y un ámbito infraconstitucional (legal o infralegal). La respuesta a esta cuestión es que el contenido que refiere la teoría absoluta es el contenido constitucional. La razón es que la parte no esencial del contenido sólo podría sacrificarse o limitarse cuando resulte necesario para permitir el ejercicio de otro derecho fundamental. Si no fuese contenido constitucional, podría sacrificarse y limitarse para permitir el ejercicio de un derecho legal o infralegal.

Lo segundo a determinar es la naturaleza de ese contenido constitucional *prima facie*. El modelo iusfundamental adoptado por la teoría absoluta ha dividido en dos momentos la conformación del contenido constitucional de un derecho fundamental. Un primer momento es la conformación del contenido del derecho fundamental desde una óptica textual y aislada. Desde esa óptica el derecho fundamental es una realidad con vocación ilimitada, es decir, su contenido constitucional tiende a expandirse ilimitadamente⁴. En este punto ya hay derecho fundamental, pero su contenido tiene una extensión provisional, no definitiva. Aunque provisional y no definitiva, se trata de un contenido constitucional. De modo que, en este punto, el titular del derecho fundamental tiene derecho a un conjunto indefinido e ilimitado de atribuciones que el contenido del derecho le depara.

En el ejemplo propuesto arriba, el periodista tiene derecho a difundir cualquier tipo de mensaje comunicativo, incluso los que contienen hechos no veraces o expresiones injuriosas u ofensivas. También en este mismo ejemplo, el particular tiene derecho a que no se transmita ninguna información relacionada con su ámbito privado ni que contenga valoraciones subjetivas sobre si mismo. Uno y otro tienen derecho al conjunto de atribuciones que de nivel constitucional les depara el derecho fundamental de que se trate. Es importante destacar el hecho de que el contenido aunque *prima facie* es contenido constitucional y, por tanto, plenamente vinculante, a través del cual se atribuye de modo efectivo una serie de posiciones jurídicas a su titular. Por lo tanto, la naturaleza del contenido *prima facie* es ser contenido jurídico (y por tanto, vinculante) y de rango constitucional.

Sin embargo, fácilmente se puede prever que no es operativa una categoría jurídica que atribuya facultades de acción ilimitadas. Si todos los derechos fundamentales tuviesen un contenido constitucional ilimitado, no sería posible ningún ejercicio de ningún derecho fundamental, no al menos desde el Derecho, aunque sí desde la fuerza: se ejercería el derecho de quien pudiera imponerlo, y lo impondría quien más fuerza tenga. Ante esta realidad, se hace necesario conseguir una categoría jurídica que en la práctica sea operativa. Por esta razón, la teoría absoluta se avoca a hallar un procedimiento por el cual, manteniendo sus bases dogmáticas, permita la construcción de un modelo iusfundamental realmente operativo. En este punto entra a tallar el principio de proporcionalidad y, en particular, el juicio de ponderación, sobre el cual se tratará a continuación.

⁴ Se trata de reconocer como contenido constitucional de un derecho fundamental “todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar en principio semánticamente con el derecho tipificado en la Constitución”. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 460.

Ponderación y contenido definitivo

Un segundo momento en la conformación del contenido constitucional de un derecho fundamental es el paso de un contenido constitucional ilimitado y *prima facie* a otro limitado y definitivo. La determinación de este segundo momento es posible por el empleo de la técnica ponderativa. Esta, en buena cuenta, despliega su virtualidad cuando se trata de determinar el derecho que se ha de preferir cuando ha entrado en conflicto con otro derecho fundamental (o bien jurídico constitucional). Si todos los derechos fundamentales tienen *prima facie* un contenido constitucional que se expande ilimitadamente, no hay modo que esos contenidos no lleguen a chocar en algún punto o momento. Las disposiciones constitucionales, como ya se advirtió, que recogen esos derechos fundamentales, conllevan necesariamente normas constitucionales opuestas unas a las otras que hace de la Constitución una realidad contradictoria e imposible de interpretar armónicamente. De esta manera, los conflictos entre derechos fundamentales se convierten en inevitables. Es en este contexto iusfundamental en el que cobra relevancia la técnica ponderativa.

Mediante ella se trata de determinar cuál de las dos normas constitucionales opuestas ha de prevalecer y, consecuentemente, cual de los dos derechos fundamentales que significan esas dos normas constitucionales, ha de imponerse por sobre su contrario. Se trata de determinar, en las circunstancias del caso concreto, cuál contenido constitucional *prima facie* y plenamente vigente, ha de prevalecer; y cual contenido constitucional *prima facie* y también plenamente vigente, ha de ceder. Una vez establecido por la ponderación cual de las dos normas constitucionales o derechos fundamentales es la norma constitucional o el derecho fundamental vencedor y cual la norma o el derecho vencido, éste tendrá que sacrificar su contenido constitucional no esencial o accidental a fin de que el contenido esencial y no esencial del derecho fundamental vencedor pueda ejercitarse plenamente. No se trata de armonizar el contenido de los derechos fundamentales, sino más bien de determinar a través de la técnica de la ponderación, cuál derecho tiene prioridad en hacer que su contenido constitucional *prima facie* se convierta en definitivo, en detrimento del contenido *prima facie* de su opositor.

Establecido, para seguir con el ejemplo anterior, a través de la ponderación que N_1 debe prevalecer sobre N_2 , el periodista tendrá el derecho definitivo a publicar la noticia que desea difundir, independientemente de que se haya formulado con base en hechos verdaderos e independientemente del contenido de los juicios de valor. En este caso, el particular tendrá que ceder el contenido constitucional no esencial de su derecho a la intimidad o al honor para permitir la plena vigencia del contenido constitucional *prima facie* de la libertad de información. Si del juicio ponderativo se llega a concluir que la que prevalece es N_2 , entonces significará que el periodista no podrá publicar cualquier tipo de información, en concreto significará que en el caso que se examina, la concreta noticia a publicar afecta el contenido esencial del derecho a la intimidad o del derecho al honor y que por tal razón no deberá publicarse. En este caso, el derecho del particular ha prevalecido y su posición iusfundamental *prima facie* se ha convertido en definitiva, debiendo el periodista de sacrificar la parte constitucional no esencial de su derecho a la libertad de información.



La técnica ponderativa da el resultado final luego de haber asignado –mediante fórmulas matemáticas como la fórmula del peso⁵– valores numéricos a uno y otro derecho, relacionados con las magnitudes atribuibles al beneficio de hacer efectivo un derecho o al sacrificio de no hacer efectivo su derecho contrario (magnitudes de leve, medio y grave)⁶, y luego de haber comprobado que hay una magnitud mayor que la otra. Mediante esta asignación de magnitudes diferentes, termina por concluir cuál derecho pesa más y cual menos, para a partir de ahí decidir que el derecho que pesa más es el derecho vencedor, cuyo titular convertirá su posición iusfundamental de *prima facie* en definitiva. En buena cuenta, la técnica ponderativa da por resultado una jerarquía de derechos fundamentales *ad casum*. La técnica ponderativa se muestra esencialmente ineficaz, cuando ha atribuido magnitudes iguales a los derechos confrontados en su contenido *prima facie*; en esos supuestos, dependerá del operador jurídico decantarse arbitrariamente por uno o por otro derecho fundamental.

Conclusiones preliminares

En la lógica de la teoría absoluta (y de la teoría relativa), es posible concluir lo siguiente acerca de las *intervenciones* sobre el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Primero, son posibles, porque así lo permite –y exige– su particular concepto de Constitución y de derechos fundamentales. Segundo, las intervenciones son necesarias para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, de lo contrario habría contenidos ilimitados imposibles de ejecutar porque un contenido ilimitado de un derecho fundamental impediría el ejercicio del contenido ilimitado de otro derecho fundamental. De aquí se sigue necesariamente –en tercer lugar– que la única justificación constitucionalmente válida para formular una intervención sobre el contenido constitucional de un derecho fundamental, será que ella es necesaria para permitir el pleno ejercicio del contenido constitucional de otro derecho fundamental. Consecuentemente, en cuarto lugar, las intervenciones iusfundamentales se darán en el marco de un conflicto, protagonizado por un lado, por la norma constitucional que se desprende de una disposición iusfundamental y, por el otro, de la norma constitucional de contenido opuesto a aquella y que se desprende de una distinta disposición iusfundamental. En quinto lugar, este conflicto se verificará entre el contenido constitucional *prima facie* de derechos fundamentales con un contenido normativo opuesto. En sexto lugar, la intervención sólo será constitucionalmente válida si opera en la parte no esencial del derecho fundamental sobre el cual recae la intervención. En séptimo lugar, para determinar en un caso concreto cual derecho ha de prevalecer y cual otro ha de ser el vencido cuando ambos entran en conflicto, aparece la técnica ponderativa, la cuál a través de fórmulas esencialmente matemáticas, asigna valores numéricos a los distintos derechos en pugna y establece una jerarquía *ad casum* entre los mismos. De modo que una ley, una sentencia o un acto ejecutivo o administrativo que contienen una intervención sobre un derecho fundamental, “está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho

⁵ ALEX, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid 2004, p. 67.

⁶ Idem, p. 60.

aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo”⁷.

LA DELIMITACIÓN COMO UNA RESPUESTA A LAS INTERVENCIONES

Crítica a la posibilidad de intervenciones sobre los derechos fundamentales

Sin embargo, el modo de asumir las controversias iusfundamentales que presenta la teoría absoluta (y la relativa) tienen varias e importantes deficiencias. Las más destacadas son las siguientes. Primera, se desatiende el principio de unidad de la Constitución. Este principio afirma que si bien es cierto la aprobación de la Constitución es producto de los pactos políticos en el seno de una asamblea constituyente, lo que podría influir para no ser considerada como una unidad homogénea, se la ha de interpretar como si de una unidad se tratase. La principal consecuencia de este principio es que se deberán evitar los productos interpretativos contradictorios a la hora que se interpretan las disposiciones constitucionales⁸. Por eso, se ha de considerar que el principio de unidad de la Constitución es la base que permite hablar de interpretación sistemática de la Constitución⁹. En palabras del Tribunal Constitucional peruano, “el principio de unidad de la Constitución exige que la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un ‘todo’ armónico”¹⁰. Pues bien, el modo de plantear las controversias iusfundamentales por parte de la teoría absoluta desconoce las exigencias del principio de unidad de la Constitución. A lo dicho se puede refutar diciendo que finalmente sí se atiende al principio de unidad de la Constitución, porque el contenido definitivo de un derecho fundamental es consecuencia de tomar en consideración los contenidos de los otros derechos fundamentales. A esta refutación se responde diciendo que el contenido definitivo de un derecho fundamental que formula la teoría absoluta, no es consecuencia de una interpretación armónica sino de la aplicación de la técnica ponderativa, la cual precisamente presupone para su aplicación la existencia de dos realidades contradictorias, pues lo que hace es sopesar –ponderar– cual de las dos realidades normativas ha de prevalecer porque tiene un mayor peso o importancia al caso concreto.

La consideración de la técnica ponderativa nos coloca inmediatamente sobre la segunda crítica que se puede formular a la teoría absoluta (y relativa). Esta consiste en denunciar que los presupuestos metodológicos de los que ella parte desconoce el principio de normatividad de la Constitución¹¹. La técnica ponderativa, como se ha dicho antes, parte de la existencia de dos normas constitucionales iusfundamentales incompatibles entre sí por contener mandatos deónticos opuestos, para luego concluir en el caso concreto cual de ellas ha de aplicarse por considerar que el derecho fundamental que recoge tiene un mayor valor o importancia que el derecho fundamental recogido en la norma constitucional que se descarta. A ello conduce la determinación de si el sacrificio originado por desatender una

⁷ PRIETO SANCHÍS, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 239.

⁸ HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 27.

⁹ Cfr. ALEXY, Robert, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal”, *DOXA* 23, 2000, p. 217.

¹⁰ EXP. N.º. 1458–2006–PA/TC, del 12 de abril de 2007, F. J. 8.

¹¹ “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 12, enero–junio 2005, ps. 107–108.



norma constitucional y preterir el derecho fundamental en ella incorporado, se justifica con el beneficio originado por hacer prevalecer la norma constitucional que contiene el derecho fundamental vencedor, y con el cual se resolverá la concreta litis. En la medida que son dos normas opuestas que reclaman ser aplicadas al caso concreto por ser igualmente vinculantes, elegir una significará no dar eficacia al mandato constitucional contenido en la norma descartada, de modo que en ese mandato desatendido, la Constitución no es normativa por no vincular de modo efectivo.

Las consecuencias de la aplicación de la técnica ponderativa coloca directamente la argumentación sobre la tercera crítica. Si los derechos fundamentales contenidos en las disposiciones iusfundamentales se expanden ilimitadamente al punto que chocan con el contenido también ilimitado de otro derecho fundamental, y surge la necesidad de preferir un derecho fundamental y sacrificar el otro, en definitiva, primero, la decisión será una decisión arbitraria¹² y, segundo, la decisión supondrá jerarquizar personas¹³. En efecto, los derechos fundamentales hunden sus raíces en el *ser* humano (su naturaleza y esencia), al punto que pueden ser definidos como el conjunto de bienes humanos reconocidos y garantizados por el derecho, cuya adquisición es necesaria para el mayor perfeccionamiento del *ser* humano¹⁴. Consecuentemente, todos ellos son necesarios para hacer posible la consecución del *pleno* desarrollo de la persona humana, si faltase alguno, el desarrollo no podría llegar a ser pleno. Esta es la base filosófica para afirmar que todos los derechos humanos o fundamentales tienen un mismo nivel jurídico y, por ello, un mismo grado de vinculación. Derivación necesaria de esta afirmación es la inexistencia de una jerarquía de derechos, ya sea abstracta o concreta. En la medida que finalmente a través de la ponderación se establecerá un resultado que no se condice con el modo de *ser* de la persona humana, el criterio a través del cual se decida sobre poner un derecho sobre otro, será decidido arbitrariamente por quien tenga que hacer la elección. Finalmente valdrá un juicio económico o hasta un juicio de conveniencia, en ausencia de un juicio ontológico. De ahí que normalmente cuando se da respuesta a la pregunta de cuál derecho ha de prevalecer y cuál recibir el sacrificio o limitación, siempre existe una insuficiencia argumentativa.

Lo realmente funesto se desvela cuando nos percatamos que preferir –y sacrificar– derechos fundamentales, en definitiva es preferir a una persona sobre otra, la primera podrá ejercer plenamente su derecho fundamental, mientras que la otra ha de soportar el sacrificio de su derecho fundamental. Si la ponderación nos dice que un determinado derecho fundamental ha de tener permitido su ejercicio y que el otro ha de sacrificar su ejercicio, en realidad lo que está diciendo es cual persona tiene derecho a la plena realización humana, y cuál no. De esta manera, habrá personas más importantes –aquellas a las que se les permitirá la prevalencia de su derecho fundamental– y otras menos importantes –aquellas que han de soportar la injerencia–, o dicho con otras palabras, personas con derecho a la plena realización humana, y las que no. Y esta jerarquía está completamente prohibida por la consideración de la persona humana como fin en sí misma.

¹² CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Baraón 2000, ps. 120–121.

¹³ SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. La Ley, Buenos Aires 2000, p. 94.

¹⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Lima 2007, Capítulo I.

En este contexto, se ha de insistir una vez más en lo humanamente trágico que resulta partir de que un derecho fundamental sólo podrá ejercerse realmente si es que resulta vencedor de la lucha que lo confronta con otro derecho fundamental. No es verdad la por desgracia difundida afirmación, de que el derecho fundamental de una persona A termina donde empieza el derecho fundamental de otra persona B. Si fuese verdad, entonces, B se habría convertido en un obstáculo para el pleno desarrollo de A, de modo que cuando ésta pudiera tener ocasión de hacer desaparecer a B, se vería legitimado a hacerlo. Así, por ejemplo, dentro de la aterradora filosofía nazi, los judíos se convirtieron en un obstáculo y sería amenaza para el desarrollo e incluso para la subsistencia de la raza aria, de manera que estaba completamente justificado eliminarlos y hacerse con sus propiedades. Y es que es completamente distinto afirmar que A tiene derecho a hacer algo pero que deberá sacrificar su derecho para permitir la plena vigencia del derecho de B (que exige que A no haga ese algo, debido a que el beneficio que se obtiene de permitir el ejercicio del derecho de B es más grande o al menos el mismo que el perjuicio que se obtiene con el sacrificio del derecho de A), que afirmar que A no tiene derecho a hacer ese algo porque el hacerlo cae fuera del contenido constitucionalmente protegido de su derecho fundamental. Como A no tiene derecho a hacer ese algo, cuando se le impida hacerlo no se le está obligando a renunciar o sacrificar su derecho fundamental, pues sólo se sacrifica y renuncia aquello que se tiene previamente, sino que se le está impidiendo un ejercicio extralimitado de su derecho fundamental. Lo relevante es determinar cuándo se está ante el ejercicio del contenido constitucional de un derecho fundamental, y cuando frente a un ejercicio más allá de tal contenido. De forma tal que la solución a las controversias iusfundamentales pasa por encontrar técnicas de interpretación que permitan una acertada determinación del contenido constitucional de cada derecho fundamental invocado, como se pasa a tratar.

Una alternativa metodológica a las intervenciones sobre los derechos fundamentales

En efecto, el punto de partida de una reformulación de la labor que el operador jurídico (Legislador, Juez o Ejecutivo) está llamado a hacer sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales es reconocer que nadie puede hacer aquello que no está facultado hacer; y que debería poder hacer aquello para lo que tiene facultad hacer. El contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental atribuye facultades de acción (positivas y negativas) al titular del derecho fundamental (y obligaciones de promoción al poder público), de modo que éste tendrá derecho a hacer sólo aquello que el derecho le permite hacer. Lo cual significa que resulta decisivo llegar a determinar cuáles son las facultades de acción que el derecho atribuye a su titular para luego poder concluir si la pretensión de acción que formula su titular tiene o no cobertura constitucional por caer dentro o fuera de lo constitucionalmente permitido.

Este nuevo entendimiento iusfundamental también tiene respuestas a las dos cuestiones que intentan responder la teoría absoluta y relativa. A la cuestión de cómo es el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental, la reformulación afirma que el contenido constitucional es uno sólo, no tiene dos (o tres) partes, sino una sola; a la cuestión de cómo vincula ese único contenido afirma que la vinculación es de modo fuerte. Las características del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental son: ser limitado, ilimitable y delimitable.



Que es *limitado* significa asumir que el contenido *prima facie* ilimitado del derecho fundamental no existe, es –en todo caso– un recurso propio de una determinada metodología iusfundamental. Por el contrario, los derechos fundamentales tienen un contenido limitado, conformando todos ellos un conjunto ajustado y armónico. De ahí que la Constitución no pueda ser considerada como un hervidero constante de conflicto entre derechos fundamentales, en los que unos pugnan por sobreponerse a otros; sino que deba entenderse como una realidad que permite –y exige– una lectura sistemática y unitaria de sus dispositivos, en particular de los que reconocen derechos fundamentales¹⁵. No se tiene derecho a todo, sino a un conjunto determinado de atribuciones, aquellas que brotan de la *esencia* del derecho fundamental de que se trate, es decir, de aquello por lo cual un determinado derecho fundamental es tal derecho y no otro distinto. En la medida que los textos constitucionales recogen los derechos fundamentales con fórmulas escuetas e imprecisas (derecho *a la vida, a la igualdad, a la libertad de conciencia y de religión*, etc.), ese contenido esencial se convierte en contenido constitucional. De ahí que sea de recibo la expresión *contenido esencial* si es que se emplea no para referir la existencia de un contenido no esencial, sino para establecer que el contenido es uno sólo y todo él es *esencial* en la medida que todo él brota de la *esencia* del derecho fundamental del que se predica.

Ese contenido limitado no tiene la necesidad de ser restringido, se convierte en *ilimitable* que reclama de *delimitación*¹⁶. Los sacrificios y limitaciones se entienden dentro de una propuesta metodológica que parte del hecho de considerar que el contenido constitucional de un derecho fundamental originalmente (*prima facie*) es una realidad ilimitada y que como tal no es operativa, por lo que exige, primero, que se le detenga en su expansión, y segundo, que retroceda en su contenido hasta un punto en el que sea posible su ejercicio. Negado que los derechos fundamentales en algún momento de su existencia tengan un contenido ilimitado, pues nacen limitados, es posible afirmar que el operador jurídico no puede limitarlos más. Por el contrario, su labor “interventora” deberá circunscribirse a sacar a la luz las fronteras inmanentes con las que nace cada derecho fundamental, es decir, deberá ceñirse a delimitar el contenido constitucionalmente protegido o esencial del derecho fundamental¹⁷.

Para realizar esta labor delimitadora cuenta con una serie de técnicas de hermenéutica constitucional, unas tradicionales y otras específicas¹⁸. De entre ellas se ha de destacar que el contenido constitucional de un derecho fundamental empieza a delimitarse desde la Constitución misma. Acudir a la Constitución –como lo he puesto de manifiesto en otro lado¹⁹– significa, primero, acudir al concreto dispositivo legal en el que se recoge el derecho (interpretación literal); segundo, acudir a los demás dispositivos constitucionales con éste

¹⁵ La existencia ajustada y armónica de los derechos fundamentales en la norma positiva (la de mayor rango: la Constitución), es manifestación directa y clara de la armonía y ajustamiento en la que existen los derechos humanos en un nivel supra-jurídico. En efecto, si los derechos humanos o derechos fundamentales brotan de la naturaleza y esencia humana, y ésta es una unidad radical, no es posible que de ahí surjan derechos contradictorios y en situación conflictual.

¹⁶ MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2. Auflage, Duncker & Humblot, Berlín, 1990, ps. 81 y ss.

¹⁷ HÄBERLE, Peter, *Die Wesengehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. Auflage, CF Müller, Heidelberg, 1983, p. 56.

¹⁸ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *La “Constitución abierta” y su interpretación*, Palestra, Lima 2004, p. 243.

¹⁹ “Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 139, junio 2005, ps. 145–146.

relacionado (interpretación sistemática); y tercero, acudir a la IV Disposición final y transitoria de la Constitución²⁰ que obliga tomar en consideración la norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú, a la hora de interpretar un determinado derecho fundamental (interpretación según la norma internacional sobre derechos humanos)²¹.

En la labor de determinación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental también juega un papel principal el bien humano jurídico que está detrás de la formulación de cada derecho. Todo enunciado lingüístico que conforma un dispositivo iusfundamental tiene una finalidad concreta: procurar que la persona humana adquiera el bien humano que anuncia el derecho fundamental y con ello lograr un mayor grado de perfeccionamiento humano (interpretación teleológica). De modo que la norma, en cuanto sentido interpretativo que se desprende de una disposición iusfundamental, deberá formularse en la línea de favorecer lo más posible la consecución de ese bien humano. Así, no podrá considerarse que forma parte del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental aquellas acciones (positivas o negativas) que desvirtúen la consecución del correspondiente bien humano. O dicho de otro modo, el derecho fundamental no otorga a su titular atribuciones que signifiquen un alejamiento o un entorpecimiento en la consecución del bien humano que anima la existencia y formulación del derecho fundamental que corresponda.

Toda delimitación del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental debe terminar siempre en referencia a las concretas circunstancias que definen la controversia iusfundamental. No es posible, y aún de serlo no sería operativo, formular de modo general, completo y válido para siempre el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. Cuando el operador jurídico en su intento de resolver una cuestión iusfundamental emprende la tarea de delimitar el contenido constitucional de un derecho fundamental, su labor hermenéutica se limita a dar respuesta a la siguiente cuestión: la pretensión que presenta una persona, ¿cae dentro del contenido constitucionalmente protegido de su derecho fundamental? No debe determinar todas las posibles atribuciones que conforman el referido contenido, sino solamente si aquella que se requiere para obtener la pretensión cae o no dentro del contenido constitucionalmente protegido. En esta línea sirve el criterio interpretativo llamado de “concordancia práctica”, por el cual –en palabras del Tribunal Constitucional– “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”²².

²⁰ En la aplicación de esta técnica hermenéutica juega un papel trascendente el principio de unidad de la Constitución al cual ya se hizo referencia antes.

²¹ Textualmente ha manifestado el Tribunal Constitucional que “[c]abe recordar que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales; con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución); sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. EXP. N.º 03938–2007–PA/TC, del 5 de noviembre de 2007, F. J. 14.

²² EXP. N.º 04747–2007–PHC/TC, del 1 de octubre de 2007, F. J. 5.



Nada de ponderaciones que pretendan establecer jerarquías *ad casum*, sino labor hermenéutica que permita la delimitación del contenido constitucional de un derecho fundamental a fin de establecer si una concreta pretensión cae dentro o fuera del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho. Hay que “considerar a las distintas disposiciones constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta ‘optimizando’ la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en conjunto; de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, forman una unidad”²³, como ha dicho el Tribunal Constitucional.

UNA MUESTRA DE LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Un caso en el que se manifiesta la lógica operativa de la teoría absoluta: El caso del derecho a la pensión

La lógica propia de la teoría absoluta ha sido manifestada por el Tribunal Constitucional en su sentencia al EXP. N. 0050-2004-AI/TC y otros acumulados. En esta sentencia se evaluó si la reforma constitucional introducida por la Ley 28389 vulneraba o no el contenido constitucionalmente protegido del derecho de pensión. Partía el Tribunal Constitucional del hecho de que a través de la referida ley se estaba generando una intervención sobre el derecho fundamental a la pensión, de modo que “[e]n ese contexto, la restricción será inconstitucional sólo si afecta directa y claramente su contenido esencial [del derecho a la pensión]”²⁴.

Lo que razonó el Tribunal Constitucional

En el análisis de constitucionalidad de la restricción que trae la mencionada ley, el Tribunal Constitucional parte de dividir el contenido de un derecho fundamental en un contenido esencial y otro accidental. El contenido esencial del derecho a la pensión “está constituido por tres elementos, a saber: el derecho de acceso a una pensión; el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y, el derecho a una pensión mínima vital”²⁵. Estos tres elementos, ha dicho el Tribunal Constitucional sin justificación alguna, “constituyen el núcleo duro del derecho fundamental a la pensión y en el cual el legislador no puede intervenir para restringir o privar a las personas de ese derecho”²⁶.

El contenido accidental se divide a su vez en contenido no esencial y contenido adicional, siempre a decir del mencionado Tribunal. El contenido no esencial “está compuesto por los topes y los reajustes pensionarios (como puede ser la nivelación)”²⁷; mientras que el contenido adicional “guarda relación directa con el tema de los beneficiarios derivados del derecho fundamental a la pensión, es decir, con las personas favorecidas con la pensión de un titular fallecido”²⁸. Este doble contenido accidental del derecho fundamental, “pueden ser configurados por el legislador a través de determinadas regulaciones, siempre que ellas no afecten el contenido esencial mediante intervenciones

²³ EXP. N.º 09810-2006-PHC/TC, del 7 de agosto de 2008, F. J. 9.

²⁴ EXP. N. 0050-2004-AI/TC y otros acumulados, del 3 de junio del 2005, F. J. 39.

²⁵ Idem., F. J. 107.

²⁶ Idem., F. J. 108.

²⁷ Idem., F. J. 75.

²⁸ Ibidem.

irrazonables que transgredan el principio de razonabilidad y proporcionalidad. En el ámbito no esencial y adicional del derecho fundamental a la pensión, el legislador puede establecer determinadas regulaciones, sin que ello implique una intervención inconstitucional *per se*²⁹.

Una vez establecido de modo general los componentes del contenido del derecho fundamental a la pensión, y luego de haber proclamado la intangibilidad del contenido esencial, el Tribunal formula el análisis de constitucionalidad que efectuará: “es necesario ahora aplicar un *test* de razonabilidad al establecimiento de los contenidos no esenciales y adicionales a fin de que estos sean declarados constitucionales o no. Es decir, este Tribunal debe determinar si la intervención del legislador en el derecho fundamental a la pensión es constitucional, o si, por el contrario, dicha intervención supone un vaciamiento del contenido, ya determinado, de dicho derecho y es, por ende, inconstitucional”³⁰.

Tal test de razonabilidad es el test de proporcionalidad conformado por tres juicios: el de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Para el mencionado Tribunal la restricción que trae consigo la Ley 28389 es constitucional porque es idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto. Conviene detenerse un poco sobre este último juicio en la medida que representa la técnica ponderativa.

Al realizar este juicio ha manifestado el Tribunal que “[e]n cuanto corresponde al principio de proporcionalidad *strictu sensu*, se debe analizar si la realización del fin perseguido es proporcional a la intervención del legislador en el derecho fundamental a la pensión”³¹. La respuesta que da el Tribunal Constitucional es que “la intervención, en el caso concreto, del derecho fundamental a la pensión, es legítima constitucionalmente, en la medida que el grado de realización del objetivo de la injerencia –justicia e igualdad pensionaria– es proporcional al grado de afectación del derecho; asimismo, porque no lo vacía de contenido ni tampoco desprotege a quienes gozan de él”³².

Crítica a lo razonado por el Tribunal Constitucional

No es difícil advertir que en el razonamiento mostrado por el Tribunal Constitucional se encuentran los presupuestos dogmáticos propios de la teoría absoluta, (al margen del contenido adicional que le es impropio). Corresponde ahora mostrar algunas de las deficiencias de este modo de razonar. Primero, la división en contenido esencial y en contenido no esencial (y en otro adicional) es arbitraria, como arbitraria resulta la inclusión de determinados elementos en uno u otro contenido. Tan arbitrario es que en sentencias posteriores un elemento claramente mencionado como contenido adicional y, por tanto, “extramuros del contenido constitucionalmente protegido”³³, resulta siendo asegurado a través del amparo constitucional por considerarse contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión. Me refiero al siguiente elemento: las pretensiones de nivelación de

²⁹ Idem., F. J. 99.

³⁰ Idem., F. J. 109.

³¹ Idem., F. J. 113.

³² Ibidem.

³³ Idem., 75.



las pensiones de viudedad³⁴. Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia al EXP. 1673–2007–PA/TC, en la que “la demandante solicita que se reajuste su pensión de viudez ascendente a S/. 270.73, en un monto equivalente a tres sueldos mínimos vitales, en aplicación de lo dispuesto por la Ley 23908”³⁵. El Tribunal Constitucional otorgó esta pretensión incluso habiendo manifestado que “al constatarse de autos que la demandante percibe una suma superior a la pensión mínima vigente, concluimos que no se está vulnerando su derecho al mínimo legal”³⁶.

Segundo, aún admitiendo como constitucionalmente justificado que el contenido esencial está compuesto por los tres derechos mencionados por el Alto Tribunal, no podría admitirse que cada uno de esos tres derechos tiene a su vez un contenido esencial, otro no esencial y uno adicional; porque de lo contrario habría que admitir como posible restringirlo en su parte no esencial, lo que conllevaría necesariamente la violación del contenido esencial del derecho a la pensión. Por ejemplo, forma parte del contenido irreductible del derecho a la pensión, el derecho de acceso a una pensión, consecuentemente “forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión”³⁷. Siguiendo la lógica del Tribunal Constitucional, esos requisitos siempre serían constitucionales porque conforman el contenido esencial del derecho a la pensión, de modo que lo inconstitucional sería no otorgar la pensión habiéndolos cumplido. Y esto, no cabe duda, supondría la imposibilidad, al menos formal, de cuestionar la constitucionalidad de esos requisitos. Lo cual supondría un verdadero inconveniente, incluso para el reconocimiento jurídico básico del derecho a la pensión como categoría jurídica.

Tercero, la constitucionalidad de una intervención (o también “regulación” en palabras del Tribunal Constitucional) se definirá a través del principio de proporcionalidad, en particular del juicio ponderativo. El Tribunal Constitucional plantea el conflicto de la siguiente manera: por un lado un derecho fundamental como el derecho a la pensión; y por el lado contrario bienes jurídicos como la justicia (pensionaria) y la igualdad (pensionaria). El Tribunal Constitucional se decanta a favor de la justicia e igualdad (pensionarias) y en detrimento del derecho a la pensión sin dar ninguna razón que lo justifique, ni tan siquiera básicamente. De modo arbitrario ha elegido que los bienes jurídicos constitucionales (justicia e igualdad para referirlos de la pensión), prevalecen sobre el derecho a la pensión en el caso concreto. Y es que una de las deficiencias más peligrosas que hay que reconocer en la teoría absoluta es que llega a una decisión iusfundamental de modo arbitrario o con insuficiencia justificativa. La razón es muy sencilla: no existen reales conflictos entre derechos fundamentales o entre estos y bienes jurídico–constitucionales, y como realmente no existen, no existe tampoco ningún criterio o mecanismo que permita resolverlo. Tanto el mecanismo como la decisión misma son consecuencia de que quien ha de decidir se ha decantado subjetiva y arbitrariamente a favor de un derecho y en detrimento de otro.

³⁴ Dijo el Tribunal Constitucional que “la pensión que corresponde recibir a viudas y a huérfanos es parte constitutiva del contenido adicional del derecho a la pensión, dado que permite que el derecho a la pensión tenga efectividad real”. Ibidem.

³⁵ EXP. N.º 1673–2007–PA/TC, del 1 de octubre de 2007, F. J. 2.

³⁶ Idem., F. J. 11.

³⁷ EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, del 8 de Julio del 2005, F. J. 37.b.

Un caso en el que se dice aplicar la técnica ponderativa pero en realidad se aplica el método delimitador

Otro grupo de casos que es posible encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, son aquellos en los que presentada la cuestión iusfundamental, expresamente se manifiesta que la solución se obtendrá a través de la aplicación de la técnica ponderativa, pero en realidad, se termina adoptando una decisión con base en la técnica delimitadora. Uno de esos casos fue el resuelto en la sentencia al EXP. N.º 6712-2005-HC/TC, en la que la argumentación del Tribunal Constitucional contrapuso la libertad de información al derecho a la intimidad como una de las cuestiones iusfundamentales a resolver. Así, la cuestión que planteó para resolver fue “determinar si la preparación, filmación y divulgación de imágenes que demostrarían una supuesta prostitución ilícita está protegida por el derecho a la información de los recurrentes o si, por el contrario, ello se configura como una vulneración del ámbito de protección del derecho a la vida privada de la querellante. Ello hace necesaria la aplicación del test del *balancing* o ponderación”³⁸.

Sin embargo, la argumentación que emprende a partir de ahí más tiene que ver con la técnica hermenéutica para determinar el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, que con la técnica de la ponderación. De hecho, así lo reconoce expresamente el mismo Tribunal Constitucional cuando menciona que “lo que corresponde realizar es una determinación de los contenidos de cada uno de los derechos involucrados. Sólo así se llegará a la delimitación adecuada de sus contornos”³⁹. Pues bien, antes de aplicar los tres juicios en los que se descompone el principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una tarea de delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad (vida privada) para *controlar jurisdiccionalmente el ejercicio de la libertad de información*. Así, aunque sin obtener la riqueza argumentativa que permite cada uno de estos métodos de interpretación, apela a una interpretación literal al fijarse en el texto del artículo 2.7 CP; a una interpretación sistemática al fijarse en otros dispositivos constitucionales (artículos 2.6, 2.9, 2.10 CP); y a una interpretación tomando en consideración la norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú (artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)⁴⁰. También hay referencia al método teleológico cuando hace referencia “al bien jurídico tutelado en la Constitución”⁴¹; y a las circunstancias del caso concreto cuando evalúa si había o no proyección pública de la que se decía afectada en su derecho a la intimidad⁴² y si había o no interés público en el reportaje difundido⁴³.

Sin necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad, en particular la técnica ponderativa, el Tribunal Constitucional llega a concluir que “[q]ueda claro, entonces, que su derecho a la vida privada sí protegía la posibilidad de evitar que otros se inmiscuyan y

³⁸ EXP. N.º 6712-2005-HC/TC, del 17 de octubre de 2005, F. J. 36.

³⁹ EXP. N.º 6712-2005-HC/TC, citado, F. J. 40.

⁴⁰ Idem., F. J. 37, segundo párrafo.

⁴¹ Idem., F. J. 37, tercer párrafo.

⁴² Idem., F. J. 53-55.

⁴³ Idem., F. J. 56-59.



reproduzcan en un canal de televisión los actos sexuales que realizó”⁴⁴. Es decir, que la pretensión de quien invocaba vulneración de su derecho a la intimidad, efectivamente caía dentro del contenido constitucionalmente protegido por este derecho, de modo que quedaba constitucionalmente prohibida la difusión del reportaje en el que aparecían imágenes de los actos sexuales que realizó. Dicho de otra manera, la pretensión del periodista de recibir protección constitucional a la emisión de ese reportaje, no caía dentro del contenido constitucionalmente protegido de su derecho a la libertad de información.

Todo el análisis que realiza de la mano de los tres juicios que componen el principio de proporcionalidad –juicios sobre los cuales el Tribunal manifestó una verdadera ignorancia al menos en esta sentencia–, estaban demás. La respuesta a la cuestión planteada ya había sido lograda con base en los criterios hermenéuticos de delimitación del contenido constitucional del derecho fundamental correspondiente. Especialmente dramático se muestra la inutilidad del juicio de proporcionalidad en sentido estricto (juicio ponderativo), que no hace más que reproducir la respuesta ya lograda con base en los criterios hermenéuticos delimitadores. En efecto, en la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, manifiesta el Tribunal Constitucional que “quizás hubiese bastado, para concretar el propósito del reportaje, que éste mostrase a la persona teniendo relaciones sexuales, pero es excesivo y exagerado haber presentado públicamente (a través de un medio de comunicación social) el cuerpo desnudo de la querellante. Es decir, en este caso era irrelevante saber si había, o no, prostitución clandestina. La violación de la vida privada se concretaba con la emisión de imágenes como las del vídeo”⁴⁵.

CONCLUSIONES

Las intervenciones sobre los derechos fundamentales entendidas como sacrificios, o restricciones de su contenido constitucional, sólo es posible sostenerlas desde determinadas bases dogmáticas de Filosofía y Derecho Constitucional, en particular, desde una determinada concepción de la persona humana; desde una determinada concepción de sus derechos humanos o fundamentales; y desde una determinada concepción de la Constitución. Desde otras bases dogmáticas, no sólo no es posible sostener que los derechos fundamentales puedan sufrir intervenciones en su contenido constitucional, sino que hacerlo significará inconstitucionalidad cuando no un ataque frontal a la racionalidad del Derecho y a la inviolabilidad de la persona humana. Las primeras bases dogmáticas (teorías absolutas y relativas), son contestables, como contestables son también las consecuencias a las que arriban. Las segundas (teorías no conflictivistas o armonizadoras) logran responder las deficiencias mostradas por las primeras, y alcanzan a formular técnicas hermenéuticas constitucionales que lejos de postergar derechos fundamentales y a la persona que es su titular, persigue la vigencia efectiva de ellos y la existencia de ésta como una realidad absoluta. Ello lo obtiene a través de la delimitación del contenido esencial del derecho fundamental, entendido éste como contenido que brota todo él de la esencia del derecho de que se trate. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano hay las sentencias que permiten afirmar que se ha apegado –al menos en la forma– a aquellos postulados propios de la teoría absoluta, como se ha mostrado con el primer caso comentado. Tal apego lo ha llevado incluso al absurdo de envolver con ropaje propio de la teoría absoluta un

⁴⁴ Idem., F. J. 39.

⁴⁵ Idem., F. J. 50.

contenido que más tiene que ver con la delimitación armonizable del contenido constitucional de los derechos fundamentales, como se ha mostrado con e segundo de los casos referidos.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/peru/)
No olvide citar esta obra.