



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# ALGUNAS PAUTAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis Castillo-Córdova

Perú, junio de 2005

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2005). Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces*, tomo 139, 144-149



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

## ALGUNAS PAUTAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis Castillo Córdova\*

### INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional (CPC), se ha puesto en vigencia una causal de improcedencia de los procesos constitucionales totalmente inédita en la legislación peruana. Me refiero a la contenida en el artículo 5.1 CPC y que textualmente establece que “[n]o proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

Lo inédito viene constituido por la expresión “contenido constitucional” de un derecho. Normalmente cuando se habla del contenido de un derecho fundamental se suele emplear la expresión *contenido esencial* del derecho<sup>1</sup>. Esta expresión es poco afortunada en la medida que hace pensar en la existencia de un *contenido constitucional no esencial* del derecho fundamental que debido a su no esencialidad, puede ser restringido, sacrificado o limitado, sin percatarse que aún admitiendo la existencia de un supuesto contenido no esencial del derecho, ese contenido es igualmente contenido constitucional. De lo que resulta que se termina por admitir restricciones, sacrificios y limitaciones de la Constitución en la medida que se permiten restricciones, sacrificios y limitaciones del contenido constitucional (no esencial) del derecho.

En otro trabajo he abordado con cierta profundidad la significación y crítica de la denominada teoría absoluta en la definición de la llamada garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales<sup>2</sup>, que quizá no habría pasado de ser una simple cuestión teórica, si no fuese porque el Tribunal Constitucional peruano la ha adoptado en su línea jurisprudencial<sup>3</sup>. Pero, por ahora interesa resaltar que los procesos constitucionales sólo protegen el contenido constitucional de un derecho, de modo que si se quiere tener éxito en la demanda constitucional que se promueva, ésta debe interponerse sólo cuando los hechos y el petitorio estén directamente referidos al mencionado contenido constitucional.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña (España); profesor de Derecho Constitucional, Protección Jurídica de Derechos Humanos y de la Maestría en Derecho de la Universidad de Piura.

<sup>1</sup> Por ejemplo, en la Ley Fundamental de Bonn (LF) se lee que “[e]n ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial” (artículo 19.2 LF). Igualmente en la Constitución española (CE) se ha dispuesto que “[l]os derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)” (artículo 53.1 CE).

<sup>2</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*, Universidad de Piura – ARA editores, Lima 2003. En imprenta está la segunda edición de esta obra que será editada por Palestra.

<sup>3</sup> Para el Tribunal Constitucional, “cuando una norma con fuerza de ley dispone la limitación o restricción del ejercicio de un derecho fundamental, tal circunstancia no puede entenderse en el sentido que el Juez de los derechos fundamentales no pueda o se encuentre imposibilitado de evaluar su validez constitucional, pues en tales casos éste tiene la obligación de analizar si tal limitación afecta o no el contenido esencial del derecho, esto es, *el núcleo mínimo e irreductible de todo derecho subjetivo, indisponible para el legislador, y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia*”. Exp. 1100–2000–AA/TC, de 30 de noviembre de 2000, f. j. 2. La letra cursiva añadida.



Esta causal de improcedencia abre toda una gama de cuestiones. En este informe práctico sólo se abordará –y más bien de modo breve– una de ellas: las pautas o criterios hermenéuticos para determinar el contenido constitucional de un derecho.

#### EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE UN DERECHO FUNDAMENTAL ES UN CONTENIDO LIMITADO, ILIMITABLE Y DELIMITABLE

La primera pauta que se propondrá aquí para determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental está dirigida a precisar lo que significa el contenido constitucional de un derecho. Para empezar, se debe advertir que se trata siempre y en todo caso de derechos reconocidos constitucionalmente. El reconocimiento constitucional de un derecho no sólo puede ser expreso, sino que puede ser igualmente tácito.

Los derechos cuyo reconocimiento es sólo tácito han sido denominados por el Tribunal Constitucional como derechos implícitos<sup>4</sup> o derechos innominados<sup>5</sup>. Aunque también se encuentran reconocidos derechos constitucionales que son considerados como contenido implícito de derechos constitucionales expresamente reconocidos. Así, por ejemplo, el derecho de acceso a la justicia “que se trata de un contenido implícito del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido por el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución”<sup>6</sup>. Igualmente se encuentran principios constitucionales reconocidos como contenido implícito de algún derecho constitucional explícito, como ocurre con “el principio del *ne bis in idem* ‘procesal’, está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución”<sup>7</sup>.

Estos derechos recogidos expresa o implícitamente en la Constitución pueden denominarse indistintamente como derechos constitucionales, derechos fundamentales o derechos humanos. Aunque, por una cuestión de mera conveniencia, en este trabajo se referirá la expresión derechos fundamentales cada vez que se tenga que aludir al contenido constitucional del derecho.

Todo derecho fundamental significa y vale su contenido, por lo que todo derecho cuenta con un contenido. Este contenido estará conformado por todas las facultades de acción que ese derecho depara a su titular (dimensión subjetiva de los derechos fundamentales)<sup>8</sup>; y por todas las obligaciones de acción a las que debe comprometerse el poder político con la

---

<sup>4</sup> Así, el Tribunal Constitucional ha considerado “que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los *derechos constitucionales implícitos*, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente”. Exp. 2488–2002–HC/TC, de 18 de marzo de 2004, f. j. 13. La cursiva de la letra es añadida.

<sup>5</sup> Tiene declarado el Tribunal Constitucional que “[e]l afectado es la persona natural que ha sufrido una violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, *ya sea nominado o innominado*, reconocido en la Constitución o en los tratados relativos a los derechos humanos”. Exp. 518–2004–AA/TC, de 12 de julio de 2004, f. j. 10.

<sup>6</sup> Exp. 3548–2003–AA/TC, de 28 de junio de 2004, f. j. 6.

<sup>7</sup> Exp. 1670–2003–AA/TC, de 26 de abril de 2004, f. j. 2.

<sup>8</sup> Para el Tribunal Constitucional peruano, “[d]esde una perspectiva histórica, los derechos fundamentales surgieron como derechos de defensa oponibles al Estado. Es decir, como atributos subjetivos que protegían un ámbito de autonomía individual contra acciones u omisiones derivadas de cualquiera de los poderes públicos”. Exp. 0976–2001–AA/TC, de 13 de marzo de 2003, f. j. 5.

finalidad de conseguir la vigencia plena y real del derecho mismo (dimensión objetiva de los derechos fundamentales)<sup>9</sup>.

Ese contenido, que es jurídico, puede ser un contenido constitucional (más adelante se intentará establecer la diferenciación con un *contenido legal* e incluso *contenido jurisprudencial*). El contenido constitucional de un derecho es aquel contenido que se define en función del texto constitucional, y que es *limitado, ilimitable y delimitable*<sup>10</sup>.

Que es *limitado* significa que todo derecho fundamental tiene sus propios límites, límites inmanentes o internos, los cuales definen el contenido *esencial* del derecho y por lo que ese derecho es identificable como tal derecho.

Que es *ilimitable* significa que ni el legislador ni nadie puede desconocer esas fronteras inmanentes o internas, esas fronteras vinculan de modo fuerte al poder quien no puede trasgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional del derecho fundamental que se trate.

Que es *delimitable* significa que el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto; la labor del poder político –en todo caso– es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales.

A diferencia de lo que erróneamente ha recogido el Tribunal Constitucional<sup>11</sup>, los derechos fundamentales, no tienen un *contenido esencial* y un *contenido no esencial*. El contenido de los derechos fundamentales es un sólo contenido, y todo él es contenido esencial en la medida que brota de la naturaleza y esencia misma del derecho. Por eso, se dijo antes, el derecho fundamental es un derecho que no puede limitarse, en este sentido los derechos fundamentales son derechos absolutos.

<sup>9</sup> Tiene dicho el Tribunal Constitucional peruano que “al lado de la idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, también hay que reconocer en ellos el establecimiento de verdaderos valores supremos, es decir, el componente estructural básico del orden constitucional, ‘en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; (...) el fundamento del orden jurídico y de la paz social’ (STC de España 53/1985, Fund. Jur. N°. 4)”. *Ibidem*.

<sup>10</sup> Cfr. SERNA BERMÚDEZ, Pedro. “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información”, en *Humana Iura* 4, Pamplona, 1994; MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000; CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000.

<sup>11</sup> Ha manifestado el Tribunal Constitucional que “ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no se afecte su *contenido esencial*, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento ‘*no esencial*’ del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)”. Exp. 0004–2004–AI/TC y otros acumulados, de 21 de septiembre de 2004, f. j. 7. La cursiva de la letra es añadida.



EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE UN DERECHO FUNDAMENTAL EMPIEZA A DELIMITARSE  
DESDE LA NORMA CONSTITUCIONAL

*Acudir al concreto dispositivo constitucional que recoge el derecho*

El contenido constitucional de un derecho fundamental, como no podía ser de otro modo, empieza a definirse desde el mismo texto constitucional. Una segunda pauta interpretativa para determinar el contenido constitucional del derecho es que hay que partir de lo que dispone la Constitución sobre el derecho<sup>12</sup>.

Es necesario acudir a la norma constitucional no sólo porque “un derecho fundamental o una libertad pública en un Estado democrático de derecho no pueden tener una naturaleza jurídica extra ni anticonstitucional, como tampoco proteger unos intereses al margen o en contra del texto fundamental”<sup>13</sup>; sino también porque ayudará a identificar el ámbito de la realidad aludida y que es objeto de protección por la norma constitucional, para “diferenciarlo de aquello que no puede considerarse incluido en el precepto por no pertenecer a lo que éste específicamente quiere proteger”<sup>14</sup>.

¿Qué significa acudir al texto constitucional para definir el contenido constitucional de un derecho fundamental? Significa, en primer lugar, acudir a la concreta norma que recoge el derecho cuyo contenido se quiere delimitar. Así, por ejemplo, si nos interesa determinar el contenido de la libertad de información, nos hemos de fijar en el artículo 2.4 CP. O si de lo que se trata es de determinar el contenido constitucional del derecho al trabajo, hemos de remitirnos al artículo 22 CP.

*Acudir a otros dispositivos constitucionales (normas, principios y valores) relacionados con el que reconoce el derecho*

Pero acudir al texto constitucional no significa simplemente detenerse en el concreto dispositivo que recoge el derecho, sino que exige acudir igualmente a aquellos otros dispositivos constitucionales que están directamente relacionados con el derecho cuyo contenido se intenta determinar por así exigirlo el principio de unidad constitucional. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, “una de las reglas en materia de interpretación constitucional es que el proceso de comprensión de la Norma Suprema deba realizarse conforme a los principios de unidad y de concordancia práctica”<sup>15</sup>.

Este principio de unidad “prohíbe (...) una interpretación aislada de cada derecho fundamental –y de la norma constitucional en que se reconoce– que lo convierta en contradictorio con otras normas constitucionales o que vacíe de contenido a éstas últimas”<sup>16</sup>. Y es que “las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo

<sup>12</sup> Por eso es que un mismo derecho puede tener contenidos constitucionales distintos en ordenamientos jurídicos con Constituciones distintas.

<sup>13</sup> TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de derecho constitucional español*. 2º edición, Átomo ediciones, Madrid, 1991, p. 224.

<sup>14</sup> DE OTTO Y PARDO, Ignacio. “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN–RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 142.

<sup>15</sup> Exp. 2209–2002–AA/TC, de 12 de mayo de 2003, f. j. 25.

<sup>16</sup> MARTINEZ – PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del ...*, cit., p. 68.

unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme”<sup>17</sup>.

Así, y por seguir con el ejemplo de la libertad de información, si se desea determinar su contenido constitucional, nos hemos de fijar también en artículos como el 2.7 CP en el que se reconoce derechos como el honor y la intimidad.

¿De qué sirve fijarse también en este dispositivo constitucional? Sirve para no interpretar el artículo 2.4 CP cuando establece que toda persona tiene derecho a la libertad de información “sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno”, como si se estuviese habilitando al informador a informar de cualquier manera y sin límite alguno. La consideración del artículo 2.7 CP lleva a afirmar que no forma parte del contenido constitucional de la libertad de información, la pretensión de informar acerca de hechos que constituyen parte de la intimidad de una persona, o empleando expresiones o calificativos que hieran la honra de las personas<sup>18</sup>.

Por seguir con el ejemplo del derecho al trabajo, se debe tomar en consideración también lo que se ha dispuesto en el artículo 27 CP. Esto ayuda a ir perfilando el contenido del derecho al trabajo en lo referido a la permanencia de los particulares en los puestos de trabajo. ¿Forma parte del contenido del derecho al trabajo la reposición del trabajador en caso de despido arbitrario? El Tribunal Constitucional tiene una curiosa respuesta a esta pregunta que ya fue analizada en otro lado<sup>19</sup>, lo que hay que resaltar ahora es que el Constituyente ha establecido que frente al despido arbitrario procede una *adecuada protección*. Es decir, que lo que forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo es una *adecuada protección*, no una *máxima protección* como es lo que puede constituir la reposición del trabajador, adecuada protección que, por otro lado, debe ser determinada por el legislador.

### *Acudir a la norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú*

Acudir al texto constitucional significa, en tercer lugar, acudir a la norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú. La determinación del contenido constitucional de un derecho pasa necesariamente por lo que se haya dispuesto en la norma internacional vinculante para el Perú y la jurisprudencia de los Tribunales internacionales que han interpretado y aplicado esa norma internacional. Así lo ha dispuesto el Constituyente peruano en la IV Disposición final y transitoria de la Constitución<sup>20</sup>, y el legislador peruano (artículo V CPC).

<sup>17</sup> Exp. 0008–2003–AI/TC, de 11 de noviembre de 2003, f. j. 5.

<sup>18</sup> Sobre la determinación del contenido a la libertad de información en relación a derechos como el honor o la intimidad véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Algunas cuestiones que genera la vigencia conjunta de las libertades comunicativas y los derechos al honor y a la intimidad”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, n° 40, junio 2004, CI–CXXXVIII.

<sup>19</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo”, en *Asesoría Laboral*, noviembre 2004, ps. 9–14.

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



Por ejemplo, para el caso del derecho al trabajo, se ha de tomar en consideración –entre otros– el Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, más conocido como el “Protocolo de San Salvador”<sup>21</sup>. En él se ha establecido que “[e]n casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional” (artículo 7.d).

Esto quiere significar que, para lo que ahora nos interesa resaltar, cuando en cumplimiento del mandato legal el legislador ha querido dar significado a esa *protección adecuada* no ha incurrido en inconstitucionalidad o, mejor dicho, no ha violado el contenido constitucional del derecho al trabajo, al momento en que se ha decidido por la indemnización como respuesta ante el despido arbitrario. Y ello porque al disponer la norma internacional que una posible respuesta ante el despido arbitrario es la indemnización, la decisión del legislador se ha ajustado al contenido constitucional del derecho al trabajo.

Este ejemplo es particularmente interesante porque nos hace reparar en otro asunto de trascendencia en la hermenéutica constitucional. ¿Puede hablarse del *contenido legal* de un derecho fundamental en contraposición del *contenido constitucional* de modo que el proceso constitucional sólo proceda para salvaguardar este último contenido? Esta pregunta será intentada responder más adelante.

#### EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE UN DERECHO FUNDAMENTAL SE DELIMITA ACUDIENDO A LA FINALIDAD DEL DERECHO MISMO

Pero el contenido constitucional de un derecho no sólo se define acudiendo al texto normativo, sino que habrá que acudir igualmente a la naturaleza del derecho mismo, es decir, aquello por lo cual el derecho es lo que es y no otro distinto, en la medida que el contenido del derecho brota de la esencia (del *ontos*) misma del derecho. Esta tercera pauta hermenéutica exige que al momento en que nos preguntemos por el contenido constitucional de un derecho, nos debemos preguntar necesariamente por la finalidad del derecho mismo. ¿Cuál es la finalidad por la que se ha reconocido constitucionalmente un derecho? Preguntarse por la finalidad del derecho es preguntarse “por los bienes humanos que se intentan proteger con la libertad de que se trata”<sup>22</sup>, y sirve para determinar que pretensiones o facultades caen dentro del contenido constitucional del derecho y cuales quedan sin cobertura constitucional.

Por ejemplo, en lo que respecta al derecho a la libertad de información, se puede considerar –como hace el Tribunal Constitucional– que la finalidad de esta libertad es promover el debate de los asuntos públicos, en la medida que ello permite la formación de una opinión pública, elemento necesario para el establecimiento y consolidación de un verdadero estado democrático de derecho<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.

<sup>22</sup> SERNA BERMÚDEZ, Pedro. “Derechos fundamentales:”, cit., p. 225.

<sup>23</sup> Ha manifestado el Tribunal Constitucional que “[t]ambién se encuentran [las libertades de expresión y de información] estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública”. Exp. 0905–2001–AA/TC, de 14 de agosto de 2002, f. j. 13.

Pues bien, si esta es la finalidad de la libertad de información, no puede formar parte de su contenido constitucional la difusión de hechos que no tengan alguna relevancia pública y pertenezcan simplemente al mundo privado de las personas.

En referencia al otro derecho que nos sirve de ejemplo, el derecho al trabajo, se puede afirmar que es un derecho cuya finalidad es ayudar a la realización de la persona y a obtener de él un medio de subsistencia. Si esta es la finalidad, entonces, forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo el trato digno del trabajador, con respeto irrestricto a sus derechos fundamentales (artículo 23 CP), así como la “igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad” (artículo 7.c del Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales).

De igual forma, es parte del contenido constitucional del derecho la percepción de una remuneración por parte del trabajador (artículo 24 CP), “que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias”, en términos del Protocolo de San Salvador (artículo 7.a).

Y con base en esta finalidad, se entiende también que forme parte del contenido constitucional del derecho al trabajo (en su dimensión objetiva), el cumplimiento del deber estatal de prestar al trabajo y sus distintas modalidades, una atención prioritaria, y el deber también estatal de fomentar el empleo (ambos deberes recogidos en el artículo 23 CP).

A modo de complemento del cual se pueden sacar importantes consecuencias para el caso peruano, se ha de decir que a esta naturaleza (“naturaleza jurídica o modo de concebir o de configurar cada derecho”), y a esta finalidad (“intereses jurídicamente protegidos) ha hecho referencia el Tribunal Constitucional español cuando ha indicado los caminos que se han de seguir para determinar el contenido de un derecho fundamental.

El primero de los mencionados caminos, ha dicho el Tribunal Constitucional español, consiste en “tratar de acudir a lo que se suele llamar *la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho*. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho (...) Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo *aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así*”<sup>24</sup>.

Mientras que el segundo posible camino a seguir en el intento de determinar el contenido esencial de un derecho constitucional, “consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los *intereses jurídicamente protegidos* como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, *se rebasa o se*

<sup>24</sup> STC 11/1981, de 8 de abril, f. j. 8, primer párrafo. La forma cursiva de la letra es añadida.



*desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”<sup>25</sup>.*

EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE UN DERECHO FUNDAMENTAL SE DELIMITA SIEMPRE EN FUNCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO CONCRETO

Una cuarta y última pauta hermenéutica para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales consiste en que la determinación del contenido constitucional del derecho sólo termina por definirse en función de las circunstancias del caso concreto. El contenido constitucional del derecho no puede ser formulado de manera abstracta y de una vez para siempre como quien encuentra una fórmula física o química. El Derecho no puede estar sujeta a los principios de la ciencia exacta sencillamente porque su materia es la conducta humana la misma que no es posible encasillar en leyes físicas inmutables.

Es verdad que desde un punto meramente abstracto, como se ha hecho aquí por ejemplo con los derechos a la libertad de información y el derecho al trabajo, se pueden encontrar ya algunas directrices de lo que forma parte del contenido constitucional de un derecho fundamental, sin embargo, no será sino en función del concreto caso en el que se defina si una concreta pretensión forma o no parte del contenido constitucional del derecho.

Por ejemplo, con relación a la libertad de información no puede afirmarse de modo general que no forma parte del contenido constitucional de esta libertad la publicación de si una persona tiene hijos extramatrimoniales no reconocidos, o si una persona es alcohólica. Informaciones sobre estos puntos referidas de un particular no vendrían amparadas constitucionalmente por el derecho a la libertad de información porque son materias que pertenecen a la esfera de su intimidad. Pero si el sujeto del cual se refiere estos hechos ocupa una alta magistratura estatal, esos mismos hechos cobran relevancia pública y su información cae dentro del contenido constitucional del derecho a la libertad de información, porque es necesario saber acerca de las condiciones de salud física y moral de los encargados de dirigir el Estado, ya que de esas condiciones dependerá un buen o mal manejo de los asuntos públicos.

CONTENIDO CONSTITUCIONAL, CONTENIDO LEGAL Y CONTENIDO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Es el momento de responder una pregunta que antes sólo quedó presentada: ¿puede hablarse del contenido legal de un derecho fundamental en contraposición del contenido constitucional de modo que el proceso constitucional sólo proceda para salvaguardar este último contenido?

En el ejemplo propuesto líneas arriba sobre el contenido constitucional del derecho al trabajo, la decisión del legislador de que frente a un despido arbitrario la adecuada protección deba significar la indemnización, no puede ser considerado como un contenido legal distinto del contenido constitucional. La justificación es que el contenido prácticamente le viene dado por el mismo texto constitucional que remite la cuestión al texto

---

<sup>25</sup> *Idem*. La forma cursiva de la letra es añadida.

internacional sobre derechos humanos y en el que se ha previsto también la indemnización como una de las respuestas válidas frente a un despido arbitrario.

La actividad legislativa del legislador, Ejecutivo en este caso, ha consistido en ir perfilando el contenido constitucional del derecho, es decir, en ir sacando a la luz los contornos internos, inmanentes del derecho al trabajo. Y lo ha hecho bien, no ha violado el derecho constitucional, sino que ha pasado precisamente sobre la frontera o límite interno al momento en que ha optado por la indemnización como respuesta ante el despido arbitrario al permitirlo así la norma internacional.

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

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

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

#### A MODO DE COLOFÓN

Una vez terminado este informe práctico, el Tribunal Constitucional ha hecho pública la sentencia que resuelve las acciones de inconstitucionalidad planteada contra la reforma constitucional de la llamada “cédula viva”. Siguiendo lo que ha manifestado un profesor español, el Tribunal Constitucional ha dividido el contenido del derecho fundamental en tres partes: el contenido esencial, el contenido no esencial, y el contenido adicional.



En el fundamento jurídico 75 de la sentencia ha escrito lo siguiente:

“(...) en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales”<sup>[47]</sup>.

Porque interesa al tema que aquí se ha expuesto, conviene presentar los siguientes comentarios:

1. Considera el Tribunal Constitucional que el contenido constitucional de los derechos está formado por un contenido esencial y por un contenido no esencial. Mientras que “extramuros del contenido constitucionalmente protegido” se encuentra el contenido adicional. El contenido esencial del derecho es “absolutamente intangible para el legislador”. Mientras que el contenido no esencial del derecho “es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados”.

2. Considero que una postura así es inconstitucional. Brevemente: no puede aceptarse que exista un contenido constitucional de un derecho fundamental que *claudique ante los límites que establezca el legislador*. Si se aceptara significaría aceptar que el poder (en este caso, el legislativo), puede hacer *claudicar* la Constitución. Porque el contenido constitucional, aún en su supuesto contenido no esencial, es un contenido constitucional. Y la Constitución en general y los derechos fundamentales en particular no pueden verse claudicados (sometidos, restringidos, sacrificados, limitados, violados, en buena cuenta) ante el legislador. Debe recordarse siempre que la Constitución en general y los derechos fundamentales en particular existen para limitar al poder (en este caso, al legislativo), y no el legislativo para limitar al contenido constitucional del derecho fundamental.

3. Dice el Tribunal Constitucional que el contenido constitucional no esencial del derecho que claudica ante el legislador con la finalidad de “proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados”. Esto significa no tomar en consideración a la Constitución como una unidad, consideración que ha sido exigida por el propio Tribunal Constitucional. Y significa ir contra el principio de unidad constitucional porque se asume que para proteger un derecho fundamental hay que hacer *claudicar* otro derecho fundamental. De esta manera se conciben los derechos como realidades incompatibles y contradictorias al menos en su supuesto contenido constitucional no esencial. Son incompatibles porque la vigencia del contenido constitucional de un derecho fundamental sólo será posible claudicando (sometiendo, restringiendo, sacrificando, violando en definitiva) el contenido constitucional de otro derecho fundamental. Se parte, entonces, de la existencia de contenidos constitucionales opuestos entre derechos fundamentales, y esto rompe el principio de unidad constitucional.

4. El llamado contenido adicional, asume el Tribunal Constitucional, se coloca “extramuros del contenido constitucionalmente protegido”. Hay que estar de acuerdo con

que ese llamado contenido adicional pueda quedar fuera del contenido constitucional del derecho si ello significa que se está ante un *contenido legal* o un *contenido jurisprudencial* que no llegue a constituir contenido constitucional del derecho, como se ha explicado antes, por no brotar –ese llamado contenido adicional- de las derechos, principios, y valores que expresa o implícitamente están recogidos en la Constitución.

5. Pero no estoy de acuerdo en considerar que el contenido adicional queda fuera del contenido constitucional del derecho si ese contenido adicional se define, como lo hace el Tribunal Constitucional, como “aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales”. Y no estoy de acuerdo porque todos los derechos fundamentales tienen una dimensión objetiva que actúa también para definir el contenido constitucional del derecho. En virtud de esta dimensión objetiva, forma parte del contenido constitucional del derecho una serie de prestaciones dirigidas a hacer realidad una plena vigencia del derecho fundamental. La especial significación de los derechos fundamentales, lleva a vincular positivamente al poder político con la plena vigencia de los referidos derechos: el Estado tiene el deber principal de promover la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo 44 CP). Este dispositivo está dando cobertura constitucional a una serie de prestaciones que son necesarias para hablar de vigencia plena de los mencionados derechos.

6. Una cuestión más bien de forma. Haría bien el Tribunal Constitucional en definir de una vez y persistir en su definición de cuál deberá ser la nomenclatura que empleará en sus sentencias, porque es la que emplearemos los operadores del derecho cuando nos refiramos a ellas. Hasta ahora han venido empleando la abreviatura “Exp.”. Así empezaba su denominación como empieza en el caso del Tribunal Constitucional español con *STC*, o el Tribunal Constitucional alemán con *BVerfGE*. Sin embargo, en varias sentencias del Tribunal Constitucional peruano ha hecho referencia a sus propias sentencias con las siglas *STC*. Eso llama a confusión.

7. También llama a confusión que la mayoría –no todas- últimas sentencias antecedan la letra “P” a las siglas con las que se venían denominando las garantías constitucionales (AA, HC, HD). Parece ser que con la letra “P” se intenta hacer referencia a “Proceso” para referirse a la garantía constitucional de que se trate (amparo, al hábeas corpus, hábeas data, etc). Muy mal hace el Tribunal adoptando esta práctica, no se da cuenta que el término “proceso” es producto de la ley y que puede terminar cambiando con el tiempo y, por tanto, cambiando también la nomenclatura. Probablemente convenga más seguir con la nomenclatura ya asentada: AA, HC, HD, AI, AC, la misma que es perfectamente constitucional porque nuestra Constitución no llama procesos sino –por ejemplo- acción de amparo, hábeas corpus, hábeas data.

8. De todos modos, llama la atención que se ciña al texto del Código Procesal Constitucional en algunos puntos (como con el término “proceso”), y no en otros como en el empleo de la expresión “contenido constitucionalmente protegido”, en lugar de expresiones como “contenido esencial” o “contenido no esencial”.

