

“... lo que define uno u otro contenido jurídico de un derecho humano positivado será su directa e intensa vinculación a la naturaleza y esencia del derecho, el que a su vez viene estrechamente vinculado a la naturaleza y esencia humana”

El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales

Luis Castillo Córdova*

143

I. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, en el Neoconstitucionalismo de hoy, una de las más trascendentes —si es que no la más decisiva— categorías jurídicas con la que se cuenta el “contenido esencial de los derechos fundamentales”. Su importancia viene no sólo porque permitirá eficazmente y con altísimo grado de corrección, someter las cuestiones formales o procedimentales a las estrictamente materiales sino también porque, bien vista, es el punto de unión con un necesario derecho no positivo que configura y determina la validez jurídica del Derecho Positivo. Hoy en día, incluso, la validez jurídica de las decisiones del Constituyente y las de sus Comisionados (el Tribunal Constitucional y los Jueces del Poder Judicial) dependerá de su ajustamiento al contenido esencial de los derechos fundamentales que, por referirse a la esencia y por ello a la naturaleza de cada derecho fundamental concernido no depende del legislador positivo; éste —¡cuánto nos ha costado interiorizarlo!— no crea la esencia de los derechos fundamentales porque no crea lo justo humano que ellos significan. En este contexto, se hace impostergable una seria y profunda revisión de los elementos doctrinarios y jurisprudenciales (de teoría y práctica, de ciencia y arte) que, a quien se tome con responsabilidad su formación como Jurista, permitirá tener la *estructura mental* y la *habilidad* para resolver con justicia y prudencia toda cuestión que se formule en relación a las exigencias de justicia humana que significan los derechos humanos constitucionalizados o derechos fundamentales. A ayudar a esa revisión se destinan las páginas siguientes.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

Una definición básica de derechos constitucionales es la siguiente: derechos reconocidos —expresa o implícitamente— en la Constitución. Es básica porque se está definiendo al derecho con el nombre de la norma que lo contiene. Una mirada rápida a la Constitución peruana (CP) permite constatar que en ella se emplea las expresiones derechos fundamentales¹ y derechos constitucionales².

* Profesor de Derecho Constitucional (Universidad de Piura).

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

2 Así, aparece empleada en el artículo 23 CP: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales”; en el artículo 137.1 CP: “Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación.

Todos son derechos constitucionales al estar recogidos en la Constitución, lo que permitiría hablar de derechos constitucionales fundamentales y de derechos constitucionales no fundamentales. Esta constatación exige plantear la siguiente cuestión: En la Constitución peruana, ¿es constitucionalmente correcta esta diferenciación?

Veamos, si fuese correcta habría que admitir la necesidad de diferenciar unos derechos de los otros y, consecuentemente, la necesidad de optar por un criterio diferenciador. Este no podría ser más que la importancia del derecho, de modo que los derechos constitucionales fundamentales serían más importantes que los constitucionales no fundamentales. Pareciera que este es el criterio adoptado por el Constituyente peruano a la hora que ha dividido el Título I de la siguiente manera: Derechos fundamentales de la persona (Capítulo I), los derechos sociales y económicos (Capítulo II) y los derechos políticos y de los deberes (Capítulo III). De tal forma que los derechos reconocidos en el Capítulo I serían derechos (constitucionales) fundamentales, y estos serían los recogidos en la larga lista del artículo 2 CP; todos los demás derechos recogidos en la Constitución serían derechos constitucionales (no fundamentales).

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

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

Y tercera, si se admitiese que en la Constitución peruana hay dos clases de derechos diferenciados por su mayor o menor importancia, o fundamentalidad, entonces necesariamente se requiere que existan dos mecanismos de protección con eficacia diferente; el mecanismo menos eficaz estará destinado a proteger derechos no fundamentales y el de mayor eficacia a los derechos fundamentales³.

Pero ocurre que en la Constitución peruana están recogidos mecanismos de protección de derechos con una misma eficacia constitucional⁴.

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

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

En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del Artículo 2º y en el inciso 24, apartado f del mismo Artículo”; artículo 162 CP: “Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales”; entre varios otros.

3 En el caso español, al disponer el artículo 53.2 CE que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Como ocurre en el anterior caso, este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”. Con base en este dispositivo se ha afirmado que “no todos los derechos constitucionales son auténticos derechos fundamentales (...) [S]ólo los derechos consagrados en los arts. 14 a 29 de la CE son auténticos derechos fundamentales” PEREZ TREMPs, Pablo. “*Los Derechos fundamentales*” en “*AA.VV. Derecho Constitucional I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 143. De donde se concluye que los derechos recogidos, en el artículo 14, en la Sección 1ª del Capítulo Segundo, tienen un procedimiento de protección diferente –más eficaz– que el previsto para los demás derechos recogidos en la Constitución, precisamente por ser derechos (constitucionales) fundamentales.

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

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

III. CONTENIDO ESENCIAL Y CONTENIDO CONSTITUCIONAL

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

La persona es un absoluto en la medida que es fin en sí misma⁶ y nunca puede ser considerada ni tratada como un medio⁷.

En esto consiste su valor o dignidad. Por ser fin y no medio, está llamada a conseguir su plena realización como persona; a todas las personas, por ser tales, nos corresponde lograr la máxima realización posible⁸. Tendemos a ello porque somos realidades esencialmente imperfectas e inacabadas que adquirimos grados de perfeccionamiento y realización en tanto satisfacemos nuestras necesidades⁹ y exigencias¹⁰ propiamente humanas. En la medida que la satisfacción de estas necesidades perfecciona al ser humano, y bien es aquello que perfecciona al ser, la consecución de bienes humanos permite la satisfacción de necesidades humanas y la consecución de grados de perfeccionamiento y realización humanas. Los bienes humanos es lo debido a la persona humana por ser tal y es lo debido porque es lo que le corresponde por tener la naturaleza y dignidad humanas, por eso se formulan como bienes jurídicos vinculantes. Y es que en la medida que se habla de título y deuda, se habla de derecho. Estos bienes humanos que corresponden a la persona humana (deuda) por tener naturaleza y dignidad humana (título) son derechos humanos. Estos bienes humanos son lo justo con la persona humana y, por esta razón, vinculan¹¹.

Percátese que es posible hablar de derecho humano y consecuente vinculación incluso antes que la norma positiva lo reconozca y garantice¹². En efecto, lo justo con la persona humana, sus derechos humanos, es posible positivarlo tanto en la norma positiva internacional (tratados

o convenciones) como en la norma positiva nacional (la Constitución o leyes). La validez de la norma positiva (nacional o internacional) dependerá de su ajustamiento al derecho humano que pretende positivizar. De modo que una positivación que se aleja o contradice el derecho humano que le antecede es injusta y, consecuentemente, pierde en intensidad vinculante.

Para saber si el reconocimiento positivo (nacional o internacional) de un derecho se ajusta o no al derecho humano que pretende positivizar, es posible realizar una comparación, solo si se puede objetivar uno y otro.

La manera que hay de llevar a cabo esa objetivación es a través de la categoría *contenido*.

Si el contenido del derecho humano es el contenido positivado en la norma, entonces la norma es jurídicamente válida por ser justa; si no lo es, será jurídicamente inválida por injusta¹³. De ahí que es posible plantear la siguiente pregunta: ¿Cuál es el contenido de un derecho humano?

En lo que respecta al contenido de un derecho humano, nuevamente resulta necesario apelar a las esencias como la esencia humana o, en palabras del Tribunal Constitucional, “naturaleza del ser humano”¹⁴. Si, por ejemplo, hay la necesidad humana de tener un espacio propio donde desplegar nuestra propia individualidad, la intimidad se convierte en un bien humano¹⁵, no sólo porque satisface esa necesidad humana sino porque al satisfacerla permite lograr una mayor y más plena realización humana¹⁶. Así, el bien humano intimidad se convierte en lo debido a la persona humana y, por ello, en el derecho humano a la intimidad. El contenido de este derecho humano será aquello que hace que el derecho a la intimidad sea derecho a la intimidad y no otro derecho diferente. Este contenido bien puede ser llamado *contenido esencial* del derecho a la intimidad porque brota de la esencia o naturaleza jurídica del derecho¹⁷. De modo que, cuando

6 KANT, IMMANUEL. “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”. Barcelona: Ariel Filosofía, segunda edición, 1996, p. 187.

7 BLECKMAN, Albert. “Staatsrecht II – Die grundrechte, 4. Berlin: Auflage, 1996, p. 539.

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

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

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

11 CASTILLO, CORDOVA Luis. “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho” en “Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales”, coordinado por Juan Manuel Sosa Sacio. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, pp. 31 – 43.

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

13 Lo cual exige no cerrar como posibilidad el que una Convención o Tratado internacional, así como una Constitución, lleguen a ser disposiciones normativas injustas e inválidas cuando el contenido de los derechos ahí positivados contradigan las exigencias jurídicas de los derechos humanos. EXP. N.° 0489–2006–PHC/TC, del 25 de enero del 2007, F. J. 11.

14 “Bien jurídico intimidad”, en palabras del Tribunal Constitucional. EXP. N.° 6712–2005–HC/TC, del 17 de octubre de 2005, F. J. 30.

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

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

se habla del derecho humano, éste cuenta con un contenido esencial que se define como aquel conjunto de facultades o atribuciones que hacen que el derecho humano sea ese derecho y no otro diferente¹⁸.

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

B. La regla general: la coincidencia

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

La técnica normalmente empleada por la Constitución para hacer realidad este ajustamiento en la mayor medida de lo posible, es el recogimiento del derecho humano a través de una fórmula lingüística amplia y genérica, lo suficientemente vaga como para constitucionalizar el contenido esencial del derecho humano; de modo que el contenido constitucional de un derecho fundamental venga a equivaler al contenido esencial de un derecho humano. Al ser los derechos humanos lo mismo que los derechos fundamentales, hablar del contenido esencial del derecho humano será lo mismo que hablar del contenido esencial del derecho fundamental, contenido que al estar recogido en la Constitución también puede ser llamado como contenido constitucional.

De esta manera, el contenido esencial de un derecho fundamental equivale al contenido constitucional del mismo. En uno y otro caso, la justicia de su formulación dependerá de su ajustamiento a las exigencias del bien humano (jurídico) que les da sentido. Por eso, acierta el Tribunal Constitucional cuando ha manifestado que “un derecho tiene sustento constitucional directo cuando la

Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección”¹⁹.

A la consideración de que el contenido esencial es lo mismo que contenido constitucional puede objetarse que el Constituyente puede agregar a la fórmula genérica una serie de concreciones que obligarían a diferenciar el contenido esencial del contenido constitucional; pues este vendría a ser el contenido esencial más las concreciones adicionadas por el Constituyente. Por poner un ejemplo, desde la Constitución peruana, se ha dispuesto como contenido constitucional de la libertad individual la exigencia de poner al detenido a disposición del juzgado correspondiente dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia (artículo 2.24 apartado f). Se podría decir que no pertenece al contenido esencial del derecho a la libertad personal el plazo de veinticuatro horas pues igualmente el Constituyente pudo haber elegido un plazo diferente²⁰; sin embargo, sí pertenece al contenido constitucional del referido derecho.

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

De la esencia de este derecho fundamental brota que el detenido deba encontrarse a disposición policial *sólo hasta un plazo que sea razonable* y lo razonable es lo estrictamente necesario. Lo innecesario deja de ser razonable porque al carecer de necesidad pierde justificación. De forma tal que cuando el Constituyente peruano ha decidido que sean veinticuatro horas la duración máxima de la detención policial, tal plazo conforma el contenido esencial porque se trata de un plazo razonable.

Así, pues, las concreciones que el Constituyente pueda realizar no conformarán algo diferente al contenido esencial si finalmente es una especificación de éste. Consecuentemente, el contenido esencial más las concreciones del contenido esencial conforman, igualmente, el contenido esencial del derecho fundamental.

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

Esta constatación, no obstante, obliga a plantear una pregunta adicional: ¿es posible que el Constituyente agregue concreciones que no son especificaciones del contenido esencial? Si se responde positivamente a esta pregunta, entonces será posible admitir que el contenido constitucional será diferente al contenido esencial de un derecho

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

19 EXP. N° 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC, a los 11 días del mes de diciembre de 2006, F. J. 41.

20 Como las setenta y dos horas que como plazo máximo ha decidido el constituyente español (artículo 17.2 CE); o “el día siguiente de su detención” del Constituyente alemán (artículo 104.3 LF).

fundamental. Y la respuesta, a mi modo de ver, es que al menos teóricamente es posible que esto ocurra en dos situaciones: Cuando además de la fórmula genérica, el Constituyente agrega una determinación que no brota de la esencia del derecho, que la contradiga.

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

En el segundo caso, y para mantener el ejemplo, si el Constituyente hubiese dispuesto que el detenido sea puesto a disposición judicial en un plazo de veinticuatro semanas o cuando el agente de policía lo estime oportuno, una disposición así contradice la exigencia de duración razonable de la detención policial, lo que haría exigible diferenciar el contenido esencial del contenido constitucional del derecho. Este último contendido vendría a estar conformado por el contenido esencial más la concreción, con el añadido que la concreción sería la negación de la esencia del derecho, es decir, supondría su desnaturalización.

Pero esta concreción si bien es cierto formalmente no puede ser tenida como inconstitucional, pero sí en la medida que transgrede principios que necesariamente una Constitución que pueda ser llamada tal. Realmente tal ha constitucionalizado expresa o implícitamente, el valor de la persona humana (dignidad humana), la justicia o la razonabilidad²¹.

Esto quiere decir que una hipotética disposición no deberá tenerse como legítima; por el contrario, en la medida que no da lo que a la persona corresponde por ser persona, se convierte en una disposición injusta y, por ello, no vinculante jurídicamente. La ineficacia de la disposición sería manifiesta. Es así que debe mantenerse la posibilidad de considerar que, no necesariamente, toda disposición constitucional será jurídicamente válida sino que se debe mantener como válida la posibilidad de considerar ineficaz la disposición de la constitución que agrede el contenido esencial de un derecho humano (realidad supra positiva). En este punto, lo jurídicamente relevante es establecer el órgano —y consecuente

procedimiento— encargado de determinar que tal disposición constitucional es ineficaz. Sin duda, puede ser el Tribunal Internacional, como es el caso de la CIDH, que puede concluir que determinada disposición constitucional vulnera la CADH²², pero no se debe cerrar definitivamente las puertas a la posibilidad de ser establecido por el Supremo Interprete de la Constitución²³. Desde luego para que establezca la injusticia de la disposición y su, consecuente, ineficacia²⁴, pero no para subrogarse al Constituyente y establecer una determinada concreción del contenido esencial del derecho humano.

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

IV. CONTENIDO ESENCIAL O CONSTITUCIONAL Y CONTENIDO NO ESENCIAL O INFRACONSTITUCIONAL

1. Teoría absoluta: conflicto y sacrificio de derechos fundamentales

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

Conocido es que la llamada teoría absoluta de los derechos fundamentales afirma la dualidad del contenido de un derecho fundamental. Una parte nuclear y otra parte periférica. La primera sería la esencial del derecho que no admite ser limitada, restringida ni sacrificada; porque de serlo supondría la vulneración del derecho mismo. Esa parte es absoluta para los destinatarios de los derechos fundamentales que, como se sabe, lo son tanto el poder público como los particulares. Así, el Legislador, el Gobierno, el Juez ni el particular pueden limitar la par-

21 Así, Bachof habla de inconstitucionalidad de la Constitución tanto por infracción del derecho constitucional metapositivo positivado, como por infracción del derecho metapositivo no positivado. Cfr. BACHOF, Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra, 2008, pp. 65 – 70.

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

23 En este sentido. BACHOF, Otto. Ob. cit., p. 73.

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

te esencial del derecho. Por otro lado, la parte periférica viene a ser la no esencial del derecho; la cual podrá ser limitada, restringida o sacrificada, siempre y cuando ello sea necesario para salvar otro derecho fundamental o un bien jurídico constitucional²⁵.

Esta teoría, que hoy en día tiene bastante acogida y difusión, tiene una serie de falencias que he tratado de poner de manifiesto en otro lado²⁶. Aquí sólo me he de referir a dos. Primero, nada indica que en la esencia del derecho se deba tener dos partes, por el contrario una división así es consecuencia de una determinada concepción de los derechos fundamentales que no siendo la única conlleva a una serie de deficiencias y aporías. Consecuentemente, no habrá nada realmente objetivo que permite trazar una línea exacta de división entre lo sacrificable y lo imprescindible al nivel constitucional del derecho, llevando a quienes se aferren a este labor a decidir en base a arbitrariedades, de mayor o menor intensidad, pero arbitrariedades a fin de cuentas. Y segundo, si la parte no esencial se podrá restringir sólo cuando es necesario para salvar otro derecho fundamental o un bien jurídico constitucional; entonces la parte no esencial tendrá rango constitucional, pues si no lo tuviese podría ser restringida para salvar un derecho o bien jurídico infraconstitucional. De modo que cuando se restringe la parte no esencial, se está restringiendo, limitando o sacrificando contenido de rango constitucional, es decir, la Constitución misma en la que actúa el principio de normatividad de la Constitución²⁷.

La teoría parte de un concepto de derechos fundamentales que tiene los siguientes elementos: los derechos fundamentales son mandatos de optimización²⁸ en el sentido que tienen un contenido que tiende a expandirse ilimitadamente; pero en la medida que no es posible una pacífica convivencia con base en derechos ilimitados, surge la necesidad de frenar la expansión y —de ser el

caso— contraer el contenido expandido hasta un punto que haga posible la convivencia humana. Así, el derecho inicialmente daría derecho a todo (sería un derecho *prima facie*)²⁹, entrando en conflicto inevitable con otros derechos fundamentales³⁰ y, finalmente, daría derecho a algo limitado fruto de haberse restringido³¹, lesionado³² o sacrificado³³ el contenido constitucional de los derechos fundamentales que se le oponían³⁴.

Sin embargo, y como se ha dicho antes, este modo de entender los derechos fundamentales conlleva una serie de deficiencias y aporías. Por lo pronto, nada objetivamente hace pensar que el derecho tienda a expandirse ilimitadamente en su contenido.

Por el contrario, existen razones fuertes para considerar precisamente lo contrario. En efecto, si los derechos humanos son el conjunto de bienes humanos debidos a la persona por ser persona y satisfacen exigencias y necesidades humanas de modo que perfeccionan al ser humano, el cual tiene una naturaleza compleja compuesta al menos por un ámbito material otro espiritual, así como uno individual y otro social³⁵; entonces, no será un verdadero bien humano uno tal cuyo contenido impida la consecución de otros bienes humanos para la persona misma o para las demás con las que convive³⁶.

La plena realización de la persona humana no demanda que se le permita un hacer (positivo o negativo) ilimitado, por el contrario, un hacer de esa naturaleza entorpece la consecución de otros bienes humanos que tienen que ver con la dimensión social de la persona humana.

Adicionalmente, partir de este modo de entender los derechos fundamentales, conlleva a no tomarse en serio a la persona ni a la Constitución. No se toma en serio a la persona porque si una pretensión realmente forma parte de un derecho fundamental, tal pretensión le es debida y su no otorgamiento es injusto; en otras palabras, el

- 25 Como bien se ha puesto de relieve, en estas teorías “la periferia puede ser restringida, según las necesidades que se deriven de otros derechos, bienes o intereses que aparezcan tipificados en la Constitución o que sean relevantes en la vida social”. BERNAL PULIDO, Carlos. *“El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 405.
- 26 CASTILLO CORDOVA, Luis. *“Los derechos constitucionales: Elementos para una teoría general”*. Lima, tercera edición, 2007, p. 229.
- 27 Principio por el cual “[l]a interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”. EXP. N.º 5854–2005–PA/TC, del 8 de noviembre del 2005, F. J. 12.e.
- 28 ALEXY, Robert. *“Teoría de los derechos fundamentales”*; traducción por Ernesto Garzón Valdez. Madrid: CEC, 1993, p. 86.
- 29 Así, se ha escrito que “[b]asta que la norma o la posición jurídica correspondiente tenga por lo menos una propiedad que la relacione con la disposición iusfundamental, para que se le pueda considerar como una norma o posición adscrita *prima facie*”. BERNAL PULIDO, Carlos. Ob. cit., p. 460.
- 30 El conflicto constitucional es definido, en palabras de Alexy, como “dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorio”. ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 87.
- 31 Término empleado por PRIETO SANCHÍS, Luis. *“Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”*. Madrid: Trotta, 2003, p. 227.
- 32 Término empleado también por Prieto Sanchís. Ídem., p. 239.
- 33 Así, Alexy habla de sacrificios innecesarios (*unnötiger Opfer*) y de sacrificios necesarios (*erforderlichen Opfer*). ALEXY, Robert, “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 61, 2002, p. 25.
- 34 Por ejemplo, el derecho a la libertad de información, *prima facie*, daría derecho a publicar de quien sea del modo que sea. Pero como no sería posible la convivencia humana de permitirse un derecho así, habrá que restringir o sacrificar el derecho —aunque sólo en lo necesario— para permitir el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el honor o la intimidad. El derecho sacrificado sería el derecho definitivo.
- 35 Ámbitos que no han sido extraños a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, el que tiene manifestado que “la relación íntima entre hombre y mujer es un derecho natural inherente a la naturaleza humana (...) que tiene relación directa con la libertad del hombre individual y socialmente, en el primer caso, está íntimamente relacionado con su normal desarrollo sico físico y su bienestar espiritual, y en el segundo caso con su desenvolvimiento familiar y social”. EXP. N.º 01575–2007–PHC/TC, 20 de marzo de 2009, F. J. 2.
- 36 SERNA, Pedro y Fernando TOLLER. *“La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos”*. Buenos Aires: La Ley, 2000, pp. 92 – 93.

sacrificio que se le exige supondrá un entorpecimiento cuando no una frustración en la consecución de su plena realización. Más aún, si tal sacrificio se realiza para permitir el ejercicio del derecho fundamental de otra persona entonces la persona sacrificada deja de ser un fin para convertirse en un medio para la realización de la persona favorecida. Dicho claro, unas personas valdrán más que otras y estarán por encima de estas, en la medida que de unas se exige el sacrificio de su realización personal para favorecer a otras³⁷.

No se toma en serio a la Constitución porque este modo de asumir los derechos fundamentales justifica el sacrificio y restricciones de un contenido que, de existir, es contenido constitucional. Como se argumentó antes, el hecho de justificar la restricción de la parte no esencial de un derecho fundamental por la salvación de un derecho o bien constitucional hace que ella tenga rango constitucional. Así la restricción del contenido no esencial que es contenido constitucional significará la restricción de la Constitución.

La Norma fundamental, por tanto, deja de ser plenamente normativa. Asimismo, de la necesidad del sacrificio del contenido constitucional de un derecho fundamental (en su parte no esencial) para el ejercicio del contenido constitucional de otro (en su parte esencial o no esencial), significara que ambos contenidos son contradictorios, si no lo fuesen, sería posible el ejercicio armonioso y conjunto de ambos, sin necesidad de restricciones ni sacrificios de uno de ellos. Pues bien, si son contradictorios habrá que asumir que la Constitución se contradice y que no es posible interpretarla como si de una unidad se tratase, como lo exige el principio de interpretación unitaria de la Constitución.

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

2. Teoría armonizadora: coexistencia y delimitación del contenido esencial

Afortunadamente, el concepto de derechos fundamentales del que parte la teoría absoluta no es el único posible.

Con base en la consideración de los derechos humanos como bienes humanos que brotan de la naturaleza y esencia humana, es posible pensarlos como derechos humanos constitucionalizados. Al recogerse en la Constitución, el derecho lleva consigo —como resulta obvio— su esencia, la cual conforma el contenido esencial del de-

recho fundamental. Este es un contenido constitucional único y que es calificado de esencial no para diferenciarlo de un supuesto contenido constitucional no esencial, sino para significar que todo él brota de la esencia del derecho que se trate, es decir, de aquello por lo cual el derecho es el que es y no es uno diferente. Por constituir la esencia del derecho, el contenido único no puede ser sacrificado ni restringido, pues sacrificar la esencia de la cosa supondrá su desaparición; es decir, el sacrificio de la esencia del derecho fundamental supondrá su vulneración.

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

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

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

Así lo confirma la imposibilidad de real oposición y conflicto de derechos fundamentales en su contenido esencial o constitucional porque no pueden brotar exigencias ni bienes humanos contradictorios de la naturaleza humana, su unidad radical y esencia. Adicionalmente, lo confirma el hecho que una vez constitucionalizados, el principio de interpretación de la Constitución exige interpretar de modo armónico el contenido constitucional o esencial de todos los derechos fundamentales.

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

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

Y es esta la diferencia más importante en la operatividad iusfundamental a la que se arriba desde uno u otro modo de entender los derechos fundamentales: la pregunta que el juez u órgano decisor ha de responder. Imaginemos una controversia iusfundamental en la que una parte tiene una *Pretensión* P_1 y la otra una *pretensión* P_2 . Imaginemos que para justificar P_1 se ha invocado un derecho *fundamental* D_1 , y para justificar P_2 un derecho *fundamental* D_2 . Si el Juez parte de la concepción que los derechos fundamentales tienen un contenido con tendencia a la expansión ilimitada al punto que chocan con el contenido,

también con tendencia de expansión ilimitada, de otro derecho fundamental, resolverá el caso respondiendo a la pregunta siguiente: de entre D_1 y D_2 , ¿cuál derecho pesa más en el caso concreto y cual ha de ser sacrificado en su contenido constitucional? Mientras quien parte de entender los derechos fundamentales como realidades esencialmente limitadas, que están llamadas a coexistir una con otra, resolverá el caso respondiendo: Entre P_1 y P_2 , ¿cuál pretensión cae dentro del contenido constitucional del derecho fundamental invocado y cual no?

En otras palabras, ¿cuál pretensión es consecuencia del ejercicio regular de un derecho fundamental y cuál es consecuencia del ejercicio extralimitado del derecho fundamental?

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

Si bien es cierto, no han faltado los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que, al menos en el planteamiento, hacían pensar en la suscripción de la antes referida teoría absoluta³⁸, recientemente se va abriendo paso una decisiva y firme doctrina de la delimitación del contenido constitucional como método de resolución de las cuestiones iusfundamentales. Así, el Supremo intérprete de la Constitución tiene claramente establecido un *iter* procedimental a la hora de resolver controversias que atañen a los derechos fundamentales. Este *iter* está compuesto por tres pasos: “en primer lugar, el juez constitucional debe identificar el derecho o derechos que expresa o implícitamente podrían verse afectados por los actos arbitrarios que son demandados (...). En segundo lugar, el juez constitucional debe identificar la verdadera pretensión del demandante (...). En tercer lugar, el juez constitucional deberá analizar si la verdadera pretensión del demandante forma parte del contenido constitucionalmente protegido de algunos de los derechos fundamentales que son objeto de tutela del proceso [constitucional]”³⁹. El tercer y decisivo paso muestra una clara inclinación

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

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

no a jerarquizar derechos, sino a la delimitación de su contenido.

V. CRITERIOS PARA DELIMITAR EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL

La pregunta que conviene plantear en este estado es la siguiente: ¿Cuáles son los elementos hermenéuticos o criterios interpretativos que permiten delimitar el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental?

A mi modo de ver, lo decisivo en las cuestiones iusfundamentales es saber determinar cuándo una pretensión forma parte del contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental por tratarse del ejercicio razonable de una o más de las atribuciones o facultades que lo componen.

Para determinarlo existen una serie de herramientas hermenéuticas al alcance del intérprete constitucional, las cuales se pasan a presentar.

Si se trata de determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental es razonable empezar su delimitación desde la Constitución. Acudir a la Constitución significa en primer lugar fijarse en la concreta disposición que recoge el derecho fundamental cuyo contenido se trata de determinar (criterio de interpretación literal). Normalmente, no bastará recoger los derechos fundamentales, los cuales precisan de concreción para su aplicación.

Por lo que, en segundo lugar, se ha de acudir a todas aquellas disposiciones relacionadas con la norma que recoge el derecho fundamental cuyo contenido se desea delimitar (criterio de interpretación sistemática o unitaria)⁴⁰. Este segundo criterio viene exigido además por el requerimiento hermenéutico de considerar a la Constitución como una unidad (principio de unidad de la Cons-

titución. La principal consecuencia de esta consideración es la imposibilidad de concluirse dos normas contradictorias entre sí de dos disposiciones constitucionales⁴¹.

Acudir a la Constitución, como tercer criterio, también significará acudir a la Norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú y a la jurisprudencia que con base en esa normativa haya expedido los Tribunales internacionales con competencia para ello, pues así lo ha dispuesto la IV disposición final y transitoria de la Constitución (criterio de la cláusula internacional)⁴². Además, como cuarto criterio, se ha de tomar en consideración el bien humano que está detrás del derecho fundamental cuyo contenido se intenta determinar (interpretación teleológica)⁴³.

En efecto, como ya se ha dicho antes, detrás de los derechos humanos o fundamentales está la persona y aquellos buscan la plena realización o perfeccionamiento de ésta, a través de la consecución de bienes humanos⁴⁴. El contenido del derecho fundamental es un conjunto de facultades dirigidas a la adquisición del bien humano y consecuente realización humana que sólo será realmente tal si favorece la realización de la persona considerada en su complejidad esencial y, por tanto, considerada también en su vocación social y relacional⁴⁵. Y, como quinto criterio, se ha de tomar en consideración las concretas circunstancias de cada caso a fin de justificar el alcance de protección constitucional que cada derecho fundamental trae consigo (criterio de concordancia práctica)⁴⁶. El contenido del derecho fundamental no es estático con una fijación establecida para siempre sino que tiene un alcance movable y dependiente del significado jurídico de los elementos fácticos que definen una concreta controversia iusfundamental⁴⁷. Los derechos fundamentales no se encuentran en el texto constitucional plena y completamente definidos en sus contornos immanentes de modo que el intérprete constitucional trabajase con reglas constitucionales precisas para resolver las controversias iusfundamentales⁴⁸.

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

41 MARTINEZ – PUJALTE, Antonio. “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”. Madrid: CEC, 1997, p. 68.

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

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

44 SERNA, Pedro. “Derechos Fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”. Pamplona: Humana Iura 4, p. 225.

45 En palabras del Tribunal Constitucional español, se trata de “buscar lo que una importante tradición ha llamado los *intereses jurídicamente protegidos* como núcleo y médula de los derechos subjetivos”. STC 11/1981, citada, F. J. 8.

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

47 MARTINEZ – PUJALTE, Antonio. Ob. cit., p. 73

De tal forma preguntarse por el contenido constitucional o esencial de un derecho fundamental significará preguntarse si dadas las concretas circunstancias hay o no justificación constitucionalmente correcta para establecer que determinada pretensión conforma el contenido constitucional o esencial de un derecho fundamental, sin que esto niegue “que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en [la] ubicación de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho”⁴⁹. Y es que “no existe interpretación constitucional independiente de los problemas concretos”⁵⁰.

Con base en estos criterios de interpretación jurídico-constitucional, la herramienta de razonabilidad (principio de proporcionalidad) es empleada no para jerarquizar derechos *ad casum* (establecer cuál derecho pesa más que otro en las circunstancias del caso concreto), sino que será empleada para definir el concreto y razonable alcance constitucional de un derecho fundamental⁵¹. Así, es exigencia de razonabilidad constitucional que una determinada actuación (legislativa, por ejemplo, o también privada) persiga una determinada finalidad permitida por la Constitución y que esa actuación sea capaz de conseguir esa finalidad (juicio o exigencia de idoneidad). De igual manera, la exigencia de razonabilidad incluye que la actuación exigida sea para la consecución del fin en un grado máximamente posible, pues toda actuación innecesaria es una actuación irrazonable (juicio o exigencia de necesidad).

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

contenido constitucional o esencial del derecho fundamental invocado⁵².

VI. CONTENIDO ESENCIAL O CONSTITUCIONAL Y CONTENIDO INFRACONSTITUCIONAL

Una última e importante cuestión queda aún por resolver. Se trata del contenido infraconstitucional (legal o reglamentario) de un derecho reconocido por la Constitución. El derecho humano positivado no está sólo conformado por su contenido esencial o constitucional, sino que puede llegar a tener también un contenido accidental, conformado por las exigencias meramente coyunturales o no esenciales del derecho. Cuando ella no define la existencia del derecho fundamental en sí mismo, es decir, su ausencia o presencia en nada desmerece o favorece la existencia del derecho mismo, en la medida que ella se define a partir de otros elementos, los esenciales. Así, lo que define uno u otro contenido jurídico de un derecho humano positivado será su directa e intensa vinculación a la naturaleza y esencia del derecho, el que a su vez viene estrechamente vinculado a la naturaleza y esencia humana.

En este contexto, es posible afirmar que “los criterios de interpretación que sirvan a tal cometido (de diferenciación) deberán encontrarse inspirados, en última instancia, en el principio-derecho de dignidad humana”⁵³.

Por no atañer a la existencia del derecho, el contenido accidental no conforma el contenido constitucional del derecho fundamental, por lo que no viene recogido por la norma constitucional sino por instancias normativas inferiores, así, normalmente viene o regulado o creado por la Ley y/o por el Reglamento⁵⁴. Por esto, otro nombre que recibe el contenido accidental es contenido infraconstitucional. Esto no significa, habrá que decirlo inmediatamente, que todo contenido recogido en una ley no sea esencial y, por tanto, no deba ser considerado como contenido de rango constitucional. En efecto, de la misma forma que, como se dijo antes, al menos teóricamente es posible que en algún caso la Constitución pueda recoger un contenido no esencial, es también factible que sea la ley —o eventualmente, aunque es menos probable, el Reglamento⁵⁵—, la que regule y concrete el contenido esencial de un derecho fundamental⁵⁶. Este es

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

49 EXP. N° 1417–2005–AA/TC, citado, F. J. 22.

50 HESSE, Konrad. “*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*”. Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p.22.

51 CASTILLO CORDOVA, Luis. “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad” en *Gaceta Constitucional* Nro. 8, Agosto 2008, pp. 37 – 51.

52 Idea que no ha sido ajena al Tribunal Constitucional, el que tiene manifestado que “en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de ‘unidad de la Constitución’ y de ‘concordancia práctica’, cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto”. EXP. N° 1417–2005–AA/TC, citado, F. J. 21.

53 Idem. F. J. 27.

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

el caso de las llamadas leyes de desarrollo constitucional emitidas por exigencia de los llamados derechos fundamentales de configuración legal⁵⁷, los cuales pueden definirse a partir de la concurrencia de dos elementos: primero, la disposición general que los recoge no alcanza para definir su operatividad; pues, y en segundo lugar, son derechos cuya naturaleza demanda de una estructura adicional por parte del poder público.

Así, por ejemplo, es un derecho fundamental de configuración legal el derecho “a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, remoción o revocación de autoridades, iniciativa legislativa y referéndum” (artículo 2.17 CP). En este ejemplo, del sólo texto de la Constitución no es posible concluir cómo se elegirán a las autoridades, o cómo se les ha de revocar o remover, cómo tener iniciativa legislativa o cómo participar en referéndum.

De manera que ningún ciudadano pudo ejercer, por ejemplo, el derecho de revocación de autoridades sino hasta que entró en vigor la Ley 26300, Ley de participación y control ciudadano, y se estableció los requisitos para iniciar un procedimiento revocatorio, el procedimiento en sí mismo y la consecuencia.

Otro ejemplo, esta vez recogido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es el referido al derecho fundamental a la pensión. Desde las disposiciones constitucionales 10 y 11, no es posible saber que incluye el derecho a la pensión, por lo que no es posible ejercitarlo. Para ejercitarlo se requiere de concreción. Con base en esto, el supremo intérprete de la Constitución ha procedido “a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial de dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo”⁵⁸.

Es así que afirmó, con carácter de precedente vinculante, que forma parte del contenido constitucional o esencial del derecho fundamental “en primer término (...) las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones (...). En segundo lugar, (...), las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión”⁵⁹. Las leyes que dispongan estos requisitos sin trasgredir las exigencias de razonabilidad y de ajustamiento a los demás derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionales permiten terminar de configurar el contenido constitucionalmente protegido o esencial del derecho fundamental, por lo que no pueden ser tenidas como concreciones infraconstitucionales.

Los derechos fundamentales de configuración legal no se abandonan por completo a las determinaciones que realice el Legislador⁶⁰; sino, de la Constitución misma brotan al menos las siguientes dos exigencias: Primero, la configuración legal establecida no hará perder la identidad del derecho que se trate; consecuentemente, en segundo lugar, la configuración que decida el legislador no puede contener exigencias irrazonables que desnaturalicen el derecho mismo⁶¹. Estas dos exigencias brotan y conforman el contenido esencial del derecho fundamental a ser configurado por la Ley.

Por eso se puede afirmar que la “capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales”⁶², por lo que, “la regulación por el legislador de los derechos o bienes de configuración legal no puede ser discrecional, pues ésta se encuentra limitada por el contenido constitucional esencial del derecho o bien regulado”⁶³.

Es decir, lo que hace una Ley de desarrollo constitucional es concretar la abierta y genérica disposición constitucional; y al concretar, delimita el contenido constitucio-

55 Esto por la sencilla razón de que existe una reserva de ley a favor del desarrollo legislativo de un derecho fundamental. Cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. “Los derechos constitucionales: Elementos para una teoría general. Ob. cit., p. 412.

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

57 En palabras del Tribunal Constitucional, “existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 2° de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. Cfr. STC 0976-2001-AA, Fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales”. EXP. N° 1417-2005-AA/TC, citado, F. J.11.

58 Idem. F. J. 37.

59 Idem. F. J. 37.a.

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

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

62 EXP. N° 1417-2005-AA/TC, citado, F. J. 12.

63 EXP. N° 00013-2009-PI/TC, del 4 de enero de 2010, F. J. 6.

nalmente protegido o esencial del derecho fundamental. Así, “la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental”⁶⁴, y permitir con ello su plena operatividad.

Pues bien, toda ley de configuración legal tiene formalmente rango de ley, de ahí puede ser discutida en su constitucionalidad para obtener su derogación (demanda de inconstitucionalidad) o para obtener su inaplicación (demanda de amparo)⁶⁵. Sin embargo, la configuración constitucionalmente correcta que establezca el legislador, materialmente, tendrá rango constitucional en la medida que lo dispuesto pasa a conformar parte del contenido esencial del derecho fundamental. De allí, la transgresión de la configuración legal de un derecho fundamental suponga la vulneración del contenido esencial o constitucional del derecho y la consecuente procedencia de una demanda constitucional de amparo (o de hábeas corpus o hábeas data, según corresponda).

VII. PARA CONCLUIR

¿A qué da derecho un derecho? Es la más decisiva pregunta que se puede formular en torno a los derechos

fundamentales. Sólo si se sabe responder a esta pregunta, se sabrá concluir que estamos o no ante la agresión de un derecho fundamental. La conexión de estos con las exigencias de justicia que se formulan en torno a la Persona permite el reconocimiento y la determinación de la esencia de un derecho fundamental; es decir, de aquello que hace que un derecho fundamental sea tal derecho y no otro distinto. Si no se sabe acerca de la esencia de los derechos fundamentales, no se estará en condiciones de responder la decisiva pregunta formulada.

Todo el contenido jurídico de un derecho fundamental se deriva finalmente de su esencia, pero no todo se le une de modo directo y necesario; hay una parte –la no esencial– que se le une sólo indirecta y sucesivamente, y cuya formulación válida depende de que tal sucesiva e indirecta unión no niegue las exigencias esenciales.

Consecuentemente, nadie podrá, ni tan siquiera intentar, resolver cuestión alguna que involucre el contenido jurídico de un derecho fundamental, si no maneja convenientemente el saber y el arte que involucran las herramientas hermenéuticas de determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. A ese saber y a ese arte ha pretendido servir el análisis aquí efectuado.

64 EXP. N° 1417–2005–AA/TC, citado, F. J., 12.

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