

# El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos

**Juan Ulises Salazar Laynes**

Abogado por la Universidad San Martín de Porres.  
Maestría de Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Profesor del curso de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Inca Garcilazo de la Vega.  
Juez Titular del 10° Juzgado Civil Subespecialidad Comercial de Lima.

Actualmente, se entiende que los derechos fundamentales se encuentran sometidos a relaciones de coordinación, formando un sistema que conduce a albergar derechos equilibrados entre sí, que no hace necesaria la existencia de jerarquías de derechos e impide que se anulen mutuamente. Dicho sistema encuentra explicación en los propios derechos constitucionales, que al ser inherentes a la dignidad del hombre no pueden desconocer que el ser humano es básicamente una unidad. Por lo tanto, ningún derecho es ilimitado<sup>1</sup> o absoluto. A decir de Norberto Bobbio, «[...] los derechos humanos no son en su mayor parte absolutos ni constituyen el absoluto una categoría homogénea»<sup>2</sup>. En efecto, se acepta con unanimidad que los derechos fundamentales no gozan de carácter absoluto, pues los mismos se encuentran sujetos a determinados límites «razonables» que deben ser adecuadamente justificados<sup>3</sup>.

A pesar de la unanimidad doctrinal de lo afirmado, Klaus Stern sostiene que la fijación de límites a los derechos fundamentales figura entre las partes más difíciles y más discutidas del sistema jurídico de los derechos fundamentales<sup>4</sup>; y que, según Samuel Abad (1992), acrecienta el interés por conocer el funcionamiento de la Jurisdicción Constitucional, pues, será ella quien «[...] en definitiva –a través de un adecuado ejercicio de la interpretación constitucional–

determinará la validez de los límites establecidos»<sup>5</sup>.

Un problema asociado a la aceptación de la relatividad y limitación de los derechos fundamentales es el referido a la potestad legislativa de poder restringir el ejercicio de tales derechos. En este sentido, a pesar de que la doctrina también es unánime en afirmar que los derechos fundamentales pueden sufrir «razonables» restricciones y que el legislador puede ingresar a regular su ejercicio; no existe un acuerdo en definir un límite infranqueable por el poder legislativo<sup>6</sup>.

Al respecto, algunas constituciones europeas han establecido como garantía frente a las limitaciones de ejercicio un núcleo irreductible: «el contenido esencial de los derechos fundamentales», que según la doctrina dominante se traduce en la obligación de respetar el contenido esencial para cualquier limitación que pretenda mantener su legitimidad.

Este principio irreductible tuvo su origen en Alemania, en el artículo 19° de la Ley Fundamental de Bonn (1949), en donde se prohíbe expresamente al legislador efectuar cualquier afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales. En efecto, la noción de respeto al contenido esencial surge en la experiencia europea alemana, como consecuencia de la difícil situación experimentada durante la etapa nacional

- 1 HERNÁNDEZ RUBIO, M. & HERRERA BRAVO, R. (2001). La legitimidad del control tecnológico del empleador sobre el trabajador. *Revista de Derecho Informático* N°35. Alfa-Redi.
- 2 BOBBIO, N. (1982). «Presente y porvenir de los derechos humanos». *Anuario de Derechos Humanos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, N°1, p. 24.
- 3 ABAD Yupanqui, S. (1992). «Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar». *Revista Thémis*, N° 21, Lima.
- 4 STERN, K. (1988). «El sistema de derechos fundamentales en la República Federal de Alemania». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, N°1, p. 272.
- 5 Idem, p. 8.
- 6 ABAD Yupanqui, S. (1992). «Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar». *Revista Thémis*, N° 21, Lima.

socialista que vulneró esos derechos y donde la constitución careció de la fortaleza necesaria para hacerle frente.

Posteriormente, España lo incluyó en su Constitución de 1978 vía su artículo 53<sup>o</sup>; y luego, de manera indirecta, Portugal ha reconocido la exigencia de respetar este contenido esencial (artículo 18.3) disponiendo que «no se puede disminuir la extensión y alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales». Aunque otros países no contienen legislación constitucional de este principio, han suplido este vacío a través de su jurisprudencia constitucional. Este ha sido el caso, por ejemplo, de la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Constitucional Austriaco.

En el Perú, la Constitución de 1993 carece de un dispositivo similar al artículo 19<sup>o</sup> de la Ley Fundamental de Bonn o al artículo 53.2<sup>o</sup> de la Constitución española. En efecto, aparte de los límites previstos por cada una de las normas constitucionales, no existe un dispositivo que con carácter general habilite al legislador a regular el ejercicio, configuración, o delimitación del ámbito de protección de los derechos fundamentales y que le exija, además, el debido respeto a su contenido esencial. Sin embargo, durante los últimos años el Tribunal Constitucional Peruano ha venido utilizando la teoría del «contenido esencial» para resolver demandas de inconstitucionalidad y esclarecer la delimitación del ejercicio legislativo. A continuación, se desarrolla algunos aspectos teóricos sobre el contenido esencial, tales como su concepto y teorías, para luego analizar su vigencia y uso en el proceder del Tribunal Constitucional, sobre todo en materia de derecho pensionario.

### 1. Concepto y origen del contenido esencial

Pietro Sanchís afirma que el contenido esencial de un derecho fundamental es un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance y significado no puede fijarse de manera general sino que ha de ser precisado en relación a cada derecho fundamental<sup>7</sup>.

Conforme se sostiene en el derecho alemán, el contenido esencial limita la posibilidad de limitar y señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales<sup>8</sup>. La cláusula de respeto al contenido esencial se entiende como un límite a la actividad del legislador limitadora de los derechos fundamentales: el legislador puede restringir los derechos fundamentales, siempre y cuando respete su contenido esencial<sup>9</sup>.

Para la jurisprudencia española (Sentencia 11/1981) el contenido esencial de un derecho se refiere a «[...] 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. Se puede hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido de este que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se 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».

Para el Tribunal Constitucional Español, el contenido esencial de un derecho fundamental se delimita siguiendo dos caminos complementarios: a) tratar de acudir a su naturaleza jurídica y b) centrándose en la búsqueda de los intereses jurídicamente tutelados para que puedan ser real y efectivamente protegidos<sup>10</sup>.

Así, para la jurisprudencia inicial española, el contenido esencial de un derecho comprendería entonces aquellos elementos mínimos que lo hacen reconocible y que impiden su transformación en «otra cosa». Para delimitarlo no bastaría con acudir a lo dispuesto por el texto constitucional, sino que, debería atenderse a otros conceptos jurídicos y a las convicciones generalmente admitidas entre los juristas. Se trataría de un concepto

7 Citado en ABAD Yupanqui (1992). Op. cit., p. 10.

8 Otto y PARDO, Ignacio (1988). «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución». En *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid. Cuadernos Civitas. P.126.

9 PAREJO, L. (1981). «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981». En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, 3. Pp. 175-183.

10 ABAD Yupanqui (1992). Op. cit. p. 10.



de valor absoluto y no relativo pues siempre conservará sus rasgos esenciales cualesquiera sea la circunstancia invocada y, existiría un contenido esencial propio y diferenciado de cada uno de los derechos fundamentales, es decir, sobre sus alcances no puede efectuarse una afirmación de carácter general.

## II. Teorías del contenido esencial

A la hora de perfilar la naturaleza de los límites del contenido esencial, existen algunas explicaciones, tanto en la doctrina española como en la Alemana. Peter Haberle (1997)<sup>11</sup> informa que existe en la doctrina jurídica tres teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales. Estas teorías (relativa, absoluta e institucional) están elaboradas para determinar cuál es el contenido irreductible, esencial, que está inmerso en la estructura de cada derecho fundamental.

### 2.1. La teoría relativa

La teoría relativa sostiene que el contenido esencial no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental, por lo que será todo aquello que queda después de una ponderación. Para Robert Alexy no existe pues, en teoría, un contenido esencial preestablecido, sino que éste debe ser determinado mediante la ponderación<sup>12</sup>.

En análisis, se tiene que la teoría relativa parte de la idea de que la protección a los derechos fundamentales no es absoluta, y que por tanto es posible restringir un derecho fundamental cuando tal limitación se halle razonablemente justificada, justificación que

debe encontrar apoyo explícito en la Constitución o bien pueda extraerse implícitamente de esta<sup>13</sup>, en cuanto responde a la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos<sup>14</sup>. Esta ponderación se sustenta en el llamado «test de razonabilidad»<sup>15</sup> o «principio de proporcionalidad», en palabras de la doctrina alemana. Según Durán Ribera (2002), esta ponderación o examen de razonabilidad se realiza a través de tres etapas: a) El examen de la adecuación del precepto limitador del derecho al bien que mediante él se pretende proteger; b) el examen de la necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, al no existir otro medio menos gravoso; c) el examen de proporcionalidad entre la lesión al derecho y el fin que se persigue.

Para esta teoría no existe, pues, algún elemento permanente identificable como contenido esencial del derecho. Las teorías relativas consideran que el contenido esencial no es una medida preestablecida y fija, ya que no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental. Lo que indica la noción de contenido esencial es tan sólo que, a la hora de evaluar la constitucionalidad de un límite legislativo a los derechos fundamentales, el intérprete realice un juicio acerca de la justificación de tal límite o intromisión en el derecho fundamental.

Existen críticas importantes a esta teoría. Para algunos autores (Ej. Martínez, 1997; Castillo Córdova, 2005)<sup>16</sup> estimar que todo derecho puede quedar limitado con amparo en otros bienes constitucionalmente protegidos, sin requerir más que la proporcionalidad de

11 HABERLE, Peter (1997). *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima. Fondo Editorial de la PUCP, p.117.

12 Se entiende con aquellos bienes o derechos que justifican la limitación. Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, p.288.

13 MARTÍNEZ-Pugalde, Antonio (1997). *La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 20-22.

14 Op. cit.

15 Para el Tribunal Constitucional Peruano «El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran. De acuerdo con el principio de idoneidad o adecuación, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida sub examine. El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. Por último, de acuerdo con el principio de proporcionalidad *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental».

16 CASTILLO CÓRDOVA, L (2005). *El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo*. Pág. 563-605.

la medida limitadora en relación con los objetivos perseguidos con ella, equivale a relativizar por completo el estatuto jurídico de los derechos fundamentales, sujetándolos a la posibilidad de una permanente restricción, que puede incluso llegar a su completo sacrificio. Una muestra significativa es la Sentencia 161/1987, relativa a la prohibición de la llamada «objeción de conciencia sobrevenida», declarándose constitucional la suspensión del derecho a la objeción de conciencia durante el servicio militar, justificándola en la necesidad de garantizar el buen funcionamiento de las Fuerzas Armadas.

En este caso, contrario a lo que se afirme, es innegable que la suspensión temporal de un derecho durante un determinado periodo de tiempo constituye una lesión completa del contenido del derecho, tal como afirma Luis Prieto o De Lucas, Vidal & Añon<sup>17</sup>.

## 2.2. La teoría absoluta

La teoría absoluta sostiene, por el contrario, que en cada derecho fundamental existen dos zonas: una esfera permanente del derecho fundamental que constituye su contenido esencial –y en cuyo ámbito toda intervención del legislador se encuentra vedada– y otra parte accesoria o no esencial, en la cual son admisibles las intervenciones del legislador, pero a condición de que no sean arbitrarias, sino debidamente justificadas<sup>18</sup>.

Para Schneider (1983) el contenido esencial sería el ámbito mínimo de libre autodeterminación del sujeto, garantizado por cada derecho fundamental, en el que se encuentra completamente excluida la acción estatal. El «espacio inmune al Estado».

Así, las teorías absolutas parten de la idea de que todo derecho fundamental estaría integrado por una parte nuclear, que sería su contenido esencial y una parte periférica, que sería su contenido accesorio. La primera esfera (el contenido esencial) es, según esta línea de pensamiento, la parte que no admite límite, es decir, se constituye en el límite de la permisión limitadora que le da la Constitución al legislador ordinario. Conforme a esto, la parte

nuclear estaría vedada a toda limitación, lo que no ocurre con la parte accesoria, que podría ser afectada por la regulación, pero con la condición de que siempre esté debidamente justificado.

Así, toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial, o dicho de otro modo, aún cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho<sup>19</sup>.

Para Duran Ribera, de la expresión «contenido esencial», no puede extraerse que cada derecho fundamental esté integrado por un contenido nuclear (esencial) y el otro periférico (accesorio), y de ello entender que la esfera vedada al legislador ordinario sea la primera y no la segunda; pues, este entendimiento no sólo presentaría infranqueables dificultades a la hora de establecer el contenido de cada una de las partes aludidas, sino que, fundamentalmente, no encontraría respaldo alguno en el texto ni en el sentido de protección de cada derecho fundamental. Y es que, para Duran Ribera el contenido esencial del derecho no puede ser otro que el derecho mismo en sus caracteres propios que lo describen e identifican como tal; o dicho en otras palabras, el contenido esencial de un derecho, es el derecho en sí mismo, sin añadidos ni mermas<sup>20</sup>.

En efecto, al limitar el ámbito vedado a la acción legislativa tan sólo a un «núcleo duro» y forzar a la distinción, dentro de la esfera protegida por cada derecho, de una parte esencial y otra accesoria o accidental, se abre esta última a la libre disposición del legislador, relativizándose de nuevo la garantía de los derechos fundamentales. Y aunque se exija una justificación para la intromisión legislativa en la parte accesoria del derecho, ello no significa que no exista la posibilidad de cualquier restricción de derechos frente a otros bienes dotados de cobertura constitucional, suponiendo, además, lo difícil y subjetivo que puede resultar la determinación del «núcleo esencial absoluto». Ello suscita de nuevo el peligro del vaciamiento de contenido de los

17 DE LUCAS, J., Vidal. E. & Añon, J. (1988). «La objeción de conciencia según el Tribunal Constitucional. Algunas dudas razonables». En *Revista General de Derecho*. Valencia 520-521.

18 MARTÍNEZ-PUGALDE, Antonio (1997). *La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 22.

19 PRIETO, Luis (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid. Debate, p. 148.

20 DURAN RIBERA, Willman (2002). *Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho*. Tribunal Constitucional de Bolivia.



derechos fundamentales, desconociendo su posición central en el ordenamiento<sup>21</sup>.

La teoría absoluta se enfrenta además con graves problemas teóricos. El principal, quizá, es que obliga a una división en partes –esencial y accesoria– del contenido de los derechos fundamentales, división artificial que resulta técnicamente insostenible, inducen a la curiosa conclusión según la cual, en el ámbito de los derechos fundamentales, el parámetro para el control de constitucionalidad de las disposiciones legislativas lo constituye tan solo una parte de la norma constitucional en la que se reconoce el derecho y no la totalidad de esta<sup>22</sup>. Esta crítica es sustancial en la medida que la Constitución reconoce los derechos fundamentales en su integridad, como ámbitos de protección que constituyen un límite y una orientación para la actuación de los poderes públicos<sup>23</sup>.

### 2.3. La teoría institucional

La teoría institucional sostiene que el contenido esencial de los derechos fundamentales, por un lado, no es algo que pueda ser desprendido aislada e independientemente del conjunto de la Constitución y de los otros bienes constitucionalmente reconocidos, los cuales son también merecedores de tutela al lado de los derechos fundamentales; y, por otro lado, que el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites de estos, que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad.

Esta teoría ha sido planteada para superar el dualismo antagónico de las teorías relativas y absolutas. A partir de la doble naturaleza de los derechos fundamentales (derechos subjetivos de los ciudadanos y elementos objetivos del ordenamiento) se ha discutido si la garantía del contenido esencial se refiere a la dimensión subjetiva o está destinada únicamente a garantizar la preservación institucional de los derechos fundamentales. La posición «subjetivista» ha sido acogida prioritariamente por el Tribunal Constitucional Alemán, entendiendo que los derechos fundamentales constituyen derechos reconocidos constitucionalmente a los

ciudadanos y declara, por tanto, lesivas del contenido esencial también a las restricciones individuales de los derechos. La posición «objetiva», en cambio, se basa en la indudable admisibilidad y constitucionalidad de determinadas medidas de sacrificio individualizado de los derechos fundamentales para mostrar que lo que realmente protege la garantía constitucional del contenido esencial es el derecho fundamental considerado como institución, y que su alcance sólo se proyecta, por tanto, a las limitaciones de los derechos fundamentales de carácter general<sup>24</sup>.

Así, los defensores de la teoría absoluta, en tanto que afirman la existencia de un núcleo esencial radicalmente invulnerable de los derechos fundamentales, sostienen la teoría subjetiva. Mientras que la teoría objetiva se relaciona con la teoría relativista, que trata de dilucidar ante todo el problema de la justificación de las restricciones, y se preocupan preferentemente por la preservación en abstracto de los derechos fundamentales.

La teoría institucional, postulada por Haberle, refiere que «debe entenderse que los derechos fundamentales tienen un doble carácter constitucional: como derechos subjetivos de las personas y como fundamento valorativo del orden institucional»<sup>25</sup>. Según Landa Arroyo (2003), Haberle postula la tesis del contenido esencial como fórmula sintética que encierra el concepto de valor que se encuentra en cada derecho fundamental. Así, a la luz del pensamiento institucional de los derechos fundamentales, es posible identificar o reconstruir el contenido esencial de los mismos.

Para Haberle, en la medida en que los derechos fundamentales tienen a la vez una dimensión subjetiva y una dimensión institucional, la garantía del contenido esencial ha de ponerse en conexión con ambas, y exigir no solo la preservación institucional de los derechos fundamentales, sino también su respeto individualizado. Peter Haberle señala que «la caracterización de los límites de los principios generales admisibles como límites esenciales se impone, en cuanto los derechos fundamentales se encuentran insertos en una

21 MARTÍNEZ, op. cit., p. 30.

22 GAVARA, Juan C. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley Fundamental de Bonn*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 271-172.

23 CASTILLO CÓRDOVA, op. cit.

24 MARTÍNEZ, A., op.cit., p.34.

25 Citado en LANDA ARROYO, C. (2003). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima. Palestra Editores.

relación sustancial con el cuadro general de la Constitución y con cada uno de los bienes constitucionales y porque el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de valores al que hace en su esencia, referencia todo sistema constitucional»<sup>26</sup>.

Así, entonces, las contradicciones entre las teorías, objetiva y subjetiva, se ha podido superar mediante una síntesis de ambas posiciones, permitiendo concluir que la garantía del contenido esencial se proyecta tanto en relación con la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales como en relación con su vertiente institucional.

### III.El contenido esencial en el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional Español –al igual que el alemán, según Alexy (1993) y Habermas– ha oscilado entre las dos interpretaciones de la noción de contenido esencial, la teoría relativa y la absoluta. El Tribunal Constitucional Peruano se adhiere a la última teoría (institucional) cuando considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori por un acto carente de fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los demás derechos fundamentales que la Constitución incorpora. Por lo que, a efectos de determinar el contenido esencial, deberán tomarse en cuenta no solo las disposiciones constitucionales expresas, sino también los principios y valores superiores constitucionales (Fundamento 104 de la sentencia del 3 de junio de 2005 del TC).

Para nuestro Tribunal Constitucional, la protección que brinda la Constitución a los derechos fundamentales no es absoluta ni relativa, sino que está expuesta a los límites que el propio precepto informa. En efecto, tal limitación, en uno casos, está contenida de manera explícita en el mismo texto

constitucional (así, el derecho de propiedad, el derecho al trabajo); en otros casos, el límite no está establecido en el texto del derecho pero es implícito; y se fundamenta en el derecho de los demás, derivado de la coexistencia del hombre en sociedad, (así el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de enseñanza, entre otros)<sup>27</sup>.

El Tribunal Constitucional (TC) publicó, el 12 de julio de 2005, la sentencia recaída en el expediente N°1417-2005-PA/TC (Caso Anicama Hernández), en el cual estableció en el fundamento 37 nuevas reglas procesales de aplicación para la procedencia de los procesos de amparo en materia previsional, variando así radicalmente la uniforme jurisprudencia procesal que venía emitiéndose hasta ese momento.

Asimismo, dispuso, en dicho fundamento, que solo son procedentes los procesos de amparo en materia previsional, cuando se ha vulnerado el *contenido esencial* del derecho a la pensión, esto equivale decir en términos del propio Tribunal, que solo procede reclamar mediante el amparo cuando se ha denegado el derecho a percibir una pensión de jubilación, cesantía o invalidez, pese a cumplir los requisitos para obtenerla, o cuando se ha denegado el acceso al sistema de seguridad social. En todos los demás casos que implique como pretensión el incremento del monto de una determinada pensión ya otorgada y reconocida, deberán acudir a la vía ordinaria del proceso contencioso administrativo, a excepción de aquellos casos cuyo monto de pensión sea inferior a la pensión mínima establecida de S/. 415.00 nuevos soles.

En este caso, el TC utiliza la teoría del «contenido esencial» para delimitar su campo de acción y competencia. Es decir, ha analizado los componentes que por derivar directamente del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, merecen protección a través del proceso de amparo. Así, en el caso de los contenidos «no esenciales» (como las nivelaciones pensionarias) las pretensiones relacionadas a

26 HABERLE, P. (1997). *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, p.109.

27 Nos parece que avala esta tesis (del límite implícito), el hecho de que en las constituciones de manera general no impone ningún límite explícito al derecho a la libertad de expresión (lo propio ocurre en la mayoría de las constituciones iberoamericanas), y sin embargo, los códigos punitivos de la generalidad de los países de esta órbita de cultura, sancionan toda expresión injuriosa, así como otros atentados al honor. Conforme a esto, los límites posibles a un derecho fundamental deben inferirse, antes que nada, del texto de la propia Constitución, en el marco de una interpretación sistemática; en la que se tomen en cuenta los criterios axiológicos y teleológicos internos y externos de la norma constitucional misma.

dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria: «Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, prima facie, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria» (Exp.1417-2005-AA, Fundamento 37g). Este mismo procedimiento lo ha aplicado para resolver casos de Amparo frente a las resoluciones judiciales, lo cual legalmente está prohibido: «[...] el que el Amparo no proceda contra resoluciones judiciales, se encuentra inexorablemente condicionado a que éstas sean expedidas en franco y absoluto respeto del contenido esencial del derecho al debido proceso, característica que permite identificar cuándo se está o no frente a un proceso regular» (Exp. 0611-1997-AA/TC, Fundamento 9). Situación similar ocurrió en el Expediente N° 0109-1998-HC/TC y en el Expediente N°0543-1996-AA/TC.

Para el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales no tienen la calidad de absolutos. En la Sentencia por proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530, el Tribunal Constitucional declaró infundadas las demandas acumuladas por cuanto se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 206° de la Constitución y se ha respetado el *contenido esencial del derecho fundamental a la pensión* (artículo 11°) cuando se prevé el cierre del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley N° 20530, la introducción de topes pensionarios y la eliminación de la nivelación pensionaria<sup>28</sup>.

En este caso, para el TC, no obstante lo mencionado en el artículo 32 de la Constitución, el legislador es competente para variar el contenido de los derechos fundamentales, siempre y cuando se respete las condiciones generales consagradas en la Constitución y no se quebrante su «contenido fundamental». En la Sentencia del Expediente N°014-2002-AI/TC, el TC ha señalado que:

«[...] una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho

constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción».

Respecto al artículo 32 *in fine* de la Constitución, el TC ha señalado, como parte del fundamento 94 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, que

«[...] aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente».

El TC afirma que el contenido no esencial y el contenido adicional del derecho a la pensión pueden ser configurados por el legislador a través de determinadas regulaciones, siempre que ellas no afecten el contenido esencial mediante intervenciones irrazonables que transgredan el principio de razonabilidad y proporcionalidad. En efecto, en el ámbito no esencial y adicional del derecho fundamental a la pensión, el legislador puede establecer determinadas regulaciones, sin que ello implique una intervención inconstitucional per se.

En ese contexto, la modificación legislativa será inconstitucional sólo si afecta directa y claramente el contenido esencial del derecho en cuestión. Es decir, la reforma será inconstitucional, desde el punto de vista material, si el legislador como constituyente derivado, modifica el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, siempre y

28 Asimismo, no se ha afectado la progresividad y la universalidad de la garantía institucional de la seguridad social (artículo 10); tampoco ha impedido el aumento de la calidad de vida (artículo 10) ni la vigencia de los derechos a la igualdad (artículo 2 inciso 2) y a la propiedad (artículo 70) de los pensionistas.

cuando este hecho constituya un elemento vulnerador de la dignidad de la persona humana, y termine, por lo tanto, desvirtuando la eficacia de tal derecho.

Para el TC quedó claro, entonces, que el acceso al derecho a una pensión es un derecho constitucional, y esto no fue modificado por la reforma propuesta en el D.L. N°20530. Para el mismo, una reforma que verdaderamente atente contra un derecho fundamental sería una que pretendiera expulsar del régimen a los pensionistas incorporados válidamente y desconocer su derecho a pensión. Una reforma que pretenda modular las características de la pensión (como el sistema de reajuste y el límite máximo) es una reforma que se ajusta a la Constitución y las normas internacionales sobre derechos fundamentales. Además, el propio Tribunal Constitucional ya se había pronunciado en cuanto a la imperiosa necesidad de superar la inequidad que caracteriza el sistema pensionario peruano y hace un llamado por la reforma:

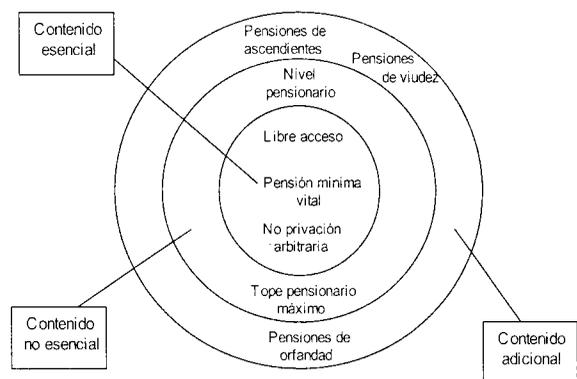
«Debe legislarse sobre el monto de las pensiones, a fin de que no existan abismales diferencias en la cuantía de las mismas y sin perjuicio de disponer el pago de tributos que la ley imponga. Asimismo, estima de su deber formular un llamado para que, de conformidad con los Principios Constitucionales respectivos, se revise y perfeccione el sistema de la Seguridad Social, teniendo en cuenta los artículos I y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948» (Sentencia emitida sobre el expediente N° 189-2002-AA/TC)

Aunque en el Expediente Conjunto del 3 de Junio de 2005 el Tribunal Constitucional ha desarrollado en extenso diversos aspectos del proceso constitucional, como la referencia a los principios jurídicos de interpretación, el principio de razonabilidad y proporcionalidad y otros principios superiores útiles para delimitar el contenido del derecho pensionario; resulta el tópico sobre la teoría del contenido esencial, el más importante.

El TC utiliza abiertamente la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales y discrimina entre un «contenido esencial», un «contenido no esencial» y un «contenido adicional» (Fundamento 75): «(...) 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».*

Así, en el caso del derecho pensionario, el contenido no esencial estaría compuesto por los topes y los reajustes pensionarios (como puede ser la nivelación); la presencia del contenido adicional guardaría relación directa con los beneficiarios derivados del derecho fundamental a la pensión, es decir, con las personas favorecidas con la pensión de un titular fallecido (la pensión que corresponde recibir a viudas y a huérfanos sería parte constitutiva del contenido adicional del derecho a la pensión, dado que permite que el derecho a la pensión tenga efectividad real); y como contenido esencial existiría los tres elementos presentados en el Fundamento 107 (el derecho de acceso a una pensión, el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y el derecho a una pensión mínima vital). En el siguiente gráfico se reproduce lo presentado por el TC (Fundamento 115).



Así, el TC afirma que el contenido esencial es irreducible y sujeto a las garantías de protección procesal en la vía constitucional; mientras que está reservando al legislador ordinario la competencia de configurar y desarrollar el contenido no esencial y adicional del referido derecho. De lo dicho, la actividad legislativa de regulación o restricción está siempre sometida a la limitación del contenido esencial del derecho fundamental, porque cuando éste queda sometido a restricciones que lo hacen impracticable y lo despojan de

protección constitucional, se produce un vaciamiento prohibido por la Constitución (Fundamento 77).

Según el TC, el contenido no esencial y el contenido adicional pueden ser configurados por el legislador a través de determinadas regulaciones, siempre que ellas no afecten el contenido esencial mediante intervenciones irrazonables que transgredan el principio de razonabilidad y proporcionalidad. De esta manera, «(...) el legislador tiene un amplio margen de apreciación a la hora de regular y modificar las prestaciones para 'adaptarlas a las necesidades del momento', teniendo en cuenta el contexto general en que aquellas situaciones se producen, las circunstancias socioeconómicas, la disponibilidad de medios de financiación y las necesidades de los diversos grupos sociales, así como la importancia relativa de las mismas». (Fundamento 99).

Para el TC, el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está afecto a las evoluciones y a los consensos sociales, mientras que el «contenido accidental»<sup>29</sup> está sujeto a una definición progresiva por el legislador (Fundamento 87). Y por «progresivo» entiende a las transformaciones orientadas a hacer más eficaz la protección de los derechos de la persona, no solo en lo referido a su consagración normativa, sino en cuanto a la identificación de mejores y más adecuados mecanismos para garantizar su vigencia.

Aparte de la distinción entre contenidos «esencial», «no esencial» y «adicional», el TC resume las tres teorías del contenido esencial: la teoría relativa, absoluta e institucional, adhiriéndose a la teoría institucional (Fundamento 104).

Aunque los planteamientos del TC han sido aplaudidos por parte de la doctrina nacional<sup>30</sup>, otro sector le ha dirigido críticas significativas que coinciden con algunas críticas de la doctrina extranjera. Por ejemplo, para Castillo Córdova (2005) la distinción entre «contenido esencial, no esencial y adicional» es una postura inconstitucional, 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) ante el legislador: «... Debe recordarse siempre que la Constitución en general y los derechos fundamentales en particular existen para limitar al poder (legislativo), y no el legislativo para limitar el contenido constitucional del derecho fundamental»<sup>31</sup>.

En el Expediente N° 0004-2004-AI y otros acumulados, el TC señala: «ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial... 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)». Al respecto, Castillo Córdova afirma que esto es erróneo porque los derechos fundamentales no tienen un contenido no esencial. El contenido de los derechos fundamentales es un solo contenido y todo él es esencial en medida de que brota de la naturaleza y esencia misma del derecho. Así, el contenido de un derecho constitucional no puede limitarse ni restringirse. El contenido de un derecho constitucional es un contenido «limitado» en sí mismo por lo que no permite ninguna limitación, sino lo que permite y requiere es «delimitación». Además, el principio de proporcionalidad no sirve para justificar una restricción al contenido constitucional de los derechos fundamentales, pues ello es inconstitucional, sino que sirve para delimitar los contornos que definen el contenido constitucional de los referidos derechos, pues según el artículo 44 de la Constitución, el legislador tiene el deber primordial de favorecer que el contenido constitucional pueda ser ejercido plenamente por los titulares del derecho.

Además, por la forma como el TC ha venido resolviendo otros casos (Ej. Exp. N° 4677-2004-PA, Exp. N° 2802-2005-PA/TC, Exp. N° 3330-2004-AA/TC) referidos al derecho de reunión y de libre empresa, se evidencia la utilización de la teoría del contenido esencial para demarcar los límites de estos derechos y poder «suspenderlos» o «reprimirlos». Es decir, ya no utiliza la teoría del contenido esencial para

29 Aunque no aclara en ninguna parte, es de suponer que el «contenido accidental» se refiere al contenido «no esencial» y contenido «adicional» de los derechos fundamentales.

30 GARCÍA, F. & GONZÁLEZ, C. (2005). «Seguridad social derechos fundamentales y contenido esencial del derecho de petición. Anotaciones a la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de Junio de 2005». En *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 82, Lima. Pág. 19-27.

31 CASTILLO, Luis (2005). «Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales». En: *Actualidad Jurídica* N° 139, Lima, p. 139.

determinar: a) su procedencia vía amparo o b) las limitaciones del legislador para regular su ejercicio o la constitucionalidad de una norma regulatoria; sino que ahora se usa c) para determinar cuándo puede ser suspendido un derecho (reunión) y en qué circunstancias.

En estos casos, el TC limita el ejercicio de un derecho en contraposición a otros derechos. Por ejemplo, el derecho de reunión puede ser reprimido si no es pacífico, por cuanto pierde su contenido esencial (Expediente N° 4677-2004-PA). Al respecto, dice el TC que el contenido constitucional no esencial del derecho claudica ante el legislador con «la finalidad de «proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados»<sup>32</sup>. Sin embargo, para Castillo Córdova (2005) esto significa no tomar en consideración a la Constitución como una unidad, consideración que ha sido exigida por el propio Tribunal Constitucional<sup>33</sup>: «...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» (P. 139).

Por último, surge la interrogante de saber ¿Cómo distinguir la parte esencial de la parte no esencial en el contenido de un derecho fundamental? Identificar la línea divisoria que separa la realidad constitucional fuertemente vinculante de la débilmente vinculante o no vinculante en un derecho fundamental es una tarea complicada y trae dificultades que suponen muchos riesgos para la integridad del derecho constitucional mismo.

#### IV. Conclusión

A modo de **conclusión**, se dirá que de acuerdo a un gran sector de la doctrina moderna y a las sentencias recientes del Tribunal Constitucional Peruano (Sentencia 4677-2004-PA, 2802-2005-PA/TC, 3330-2004-AA/TC, 1417-2005-AA/TC, Expedientes conjuntos: 0050-2004-AI 0051-2004-AI 0004-2005-AI 0007-2005-AI 0009-2005-AI), a) el legislador está habilitado a intervenir en la esfera de los derechos fundamentales, pero siempre respetando su contenido esencial; b) el Tribunal es competente en los procesos

cuando se ha vulnerado el contenido esencial de los derechos y c) el Tribunal considera que se pueden restringir derechos si estos pierden su contenido esencial.

En efecto, el TC ha utilizado la teoría del contenido esencial con diversos fines procesales, los cuales han ido evolucionando en el tiempo: a) En sus primeras sentencias, utilizaba el concepto de «contenido esencial» (sin hacer mención o los otros contenidos) para determinar su competencia jurisdiccional en casos no previstos por la Ley, y aceptarlas vía amparo; b) Posteriormente, utilizaba la teoría completa del «contenido esencial» y sus otros contenidos para determinar el alcance de la intervención legislativa en la regulación de derechos fundamentales; y, finalmente, c) Utiliza la teoría del contenido esencial para determinar los supuestos que ameriten la suspensión o restricción de un derecho fundamental, y ello puede apreciarse en las sentencias 4677-2004-PA, 2802-2005-PA/TC, 3330-2004-AA/TC.

Por otro lado, existen una serie de premisas que es posible afirmar en cuanto a la posición del TC sobre la teoría del contenido esencial. Las dos principales son que el TC asume la posibilidad de que las restricciones al contenido de un derecho constitucional posible y constitucionalmente permitido. Para el TC, los derechos constitucionales no son absolutos y, por tanto, son pasibles de restricción, siempre y cuando no afecten el contenido esencial, el cual está vetado para el poder político y legislativo. De lo dicho, parece que el TC entiende derecho «absoluto» como «ilimitado». Aunque no lo manifiesta de manera expresa, la concepción que subyace en la doctrina de este Tribunal es que los derechos fundamentales inconstitucionales tienden a expandirse ilimitadamente en su contenido. Por eso el TC considera necesario el uso de la teoría del contenido esencial, ya que de esa forma puede delimitarlos. Así, ante el peligro de dar la opción al legislador que «comprima» el contenido de un derecho constitucional pues es peligroso debido a que el legislador podría restringir más allá de lo necesario o innecesariamente, el TC lo controlado apelando al «contenido esencial». Además, exige que para restringir el contenido no esencial es necesario que se cumpla con el principio de proporcionalidad, mientras que

32 Expediente N°0010-2002-AI/TC

33 Expediente N°2209-2002-AA/TC del 12 de mayo de 2003. Fundamento 25.



en ningún caso es posible restringir el contenido esencial del mismo.

Sin embargo, esta postura se ha visto criticada por la doctrina nacional (Ej. Castillo Córdova) y extranjera (Ej. Martínez, Durán Ribera, De Lucas, Vidal & Añon), por cuanto existen algunos aspectos teóricos no resueltos. Entre ellos: a) la relativización de los derechos constitucionalmente protegidos, b) la falta de marcadores teóricos jurídicos que permita delimitar un contenido esencial de uno adicional o no esencial, c) las contradicciones a la unicidad constitucional.

### Referencias

- Abad Yupanqui, S. (1992). Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar. *Revista Thémis*, N° 21, Lima.
- Alexy, Robert. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bobbio, Norberto. (1982). *Presente y porvenir de los derechos humanos*. Anuario de Derechos Humanos. Madrid: Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, N°1, Pág.24.
- Castillo Córdova, L (2005). El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo. Pág. 563-605.
- Castillo Córdova, Luís (2005). Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. En: *Actualidad Jurídica* N° 139, Lima, Pág. 139.
- De Lucas, J., Vidal. E. & Añon, J. (1988). La objeción de conciencia según el Tribunal Constitucional. Algunas dudas razonables. En *Revista General de Derecho*. Valencia 520-521.
- Duran Ribera, Willman (2002). Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho. *Tribunal Constitucional de Bolivia*.
- García, F. & González, C. (2005). Seguridad social derechos fundamentales y contenido esencial del derecho de petición. Anotaciones a la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de Junio de 2005. En *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 82, Lima. Pág. 19-27.
- Gavara, Juan C. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley Fundamental de Bonn*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. Pp. 271-172.
- Haberle, Peter (1997). *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima. Fondo Editorial de la PUCP.
- Hernández Rubio, M. & Herrera Bravo, R. (2001). La legitimidad del control tecnológico del empleador sobre el trabajador. *Revista de Derecho Informático* N°35. Alfa-Redi.
- Landa Arroyo, C. (2003). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Palestra Editores. Lima.
- Martínez-Pugalde, Antonio (1997). *La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Otto y Pardo, Ignacio (1988). La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución. En «*Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid. Cuadernos Civitas.
- Parejo, L. (1981). El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, 3. Pp. 175-183.
- Prieto, Luís (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid. Debate.
- Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano*. Base de datos jurisprudenciales en Internet. Lima.
- Stern, K. (1988). El sistema de derechos fundamentales en la República Federal de Alemania. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N°1. 