

Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio Preliminar

Samuel B. Abad Yupanqui*
Abogado. Profesor de la PUC.

"Además de las dificultades jurídico-políticas, la tutela de los derechos humanos se enfrenta con dificultades inherentes al propio contenido de estos derechos. Es sorprendente lo poco que, en general, nos preocupamos de este tipo de dificultad. Como la mayor parte de estos derechos ya están aceptados por el sentimiento moral común, se cree que su ejercicio es igual de sencillo. Y en cambio es terriblemente complicado. Por un lado, el consenso general sobre ellos induce a creer que tienen un valor absoluto; por otro lado, la expresión genérica y única derechos humanos hace pensar en una categoría homogénea. Y en cambio los derechos humanos no son en su mayor parte absolutos ni constituyen en absoluto una categoría homogénea"¹.

La trascendental importancia de los derechos fundamentales en todo ordenamiento jurídico, su frecuente interrelación en ocasiones conflictiva con los demás derechos de la misma naturaleza, así como el reconocimiento de una razonable intervención legislativa en la regulación de su ejercicio, vienen propiciando la reflexión y el debate sobre uno de los problemas más serios en la dogmática de los derechos fundamentales. Nos referimos a sus posibles límites y el necesario respeto a una valla infranqueable que algunos ordenamientos europeos han denominado como su "contenido esencial".

En efecto, actualmente se acepta que en su mayoría los derechos fundamentales no gozan de carácter absoluto, pues los mismos se encuentran sujetos a determinados límites "razonables" que deben ser adecuadamente justificados. Así en el Perú, contra lo que podría pensarse, hasta el derecho a la vida puede verse afectado con la imposición de la pena de muerte tratándose de traición a la patria en caso de

guerra exterior (art. 235°. Constitución). Igualmente, la libertad de expresión no puede ejercitarse sin respetar el derecho al honor de las personas (art. 2.5°. Constitución). Sin embargo, esto que en teoría puede parecer una afirmación pacífica, en la realidad no siempre se encuentra exento de críticas y discusiones particularmente en algunos ordenamientos jurídicos, como el nuestro, donde la difícil situación que venimos viviendo acrecienta los márgenes de intervención estatal con frecuencia de manera inadecuada en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas.

Es por ello que, a partir de la concepción sobre las limitaciones a esta clase de derechos desarrollada en la experiencia europea, pretendemos examinar el caso peruano -a un nivel necesariamente preliminar debido a su amplitud y complejidad- pues se trata de un tema vital para el adecuado entendimiento de los derechos fundamentales y en consecuencia para el fortalecimiento de nuestro Estado de Derecho.

1. EL PROBLEMA DE LOS LIMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Como hemos mencionado, por lo general los derechos fundamentales carecen de carácter absoluto, es decir, no son derechos ilimitados. En efecto, el valor absoluto "compete a poquísimos derechos humanos, valederos en todas las situaciones y para todos los hombres sin distinción"², pudiendo mencionar, como contados ejemplos, al derecho a no ser sometido a esclavitud y al derecho a no ser torturado.

Y es que, como se ha destacado, su presencia en un determinado ordenamiento jurídico -concebido como verdadero sistema- justifica su naturaleza limi-

* A mi madre, con cariño y gratitud.

1. BOBBIO, Norberto "Presente y porvenir de los derechos humanos". Traducción de Alfonso Ruiz Miguel. Anuario de Derechos Humanos Madrid: Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, No. 01, 1982, p.24.
2. BOBBIO, Norberto, ob. cit, p. 24.

table "pues todos se encuentran en relación próxima entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos con los cuales, potencialmente, cabe el conflicto"³.

A decir verdad, siguiendo a Solozábal, la existencia de tales limitaciones deriva básicamente de las siguientes razones:

-el carácter universal o general de estos derechos que exige para un goce adecuado por todos sus titulares y su posible disfrute simultáneo, la necesaria coordinación que compatibilice y ordene su ejercicio y como consecuencia de ello les imponga ciertas restricciones, y

-una concepción de los derechos fundamentales que no los considera elementos aislados, sino reconoce su indispensable coexistencia entre sí o con otros bienes jurídicos que también gozan de protección constitucional.

Tales afirmaciones, que en principio podrían ser consideradas pacíficas y quizás hasta indiscutibles, en la realidad se han convertido en uno de los problemas más serios de la disciplina constitucional. En este sentido, Klaus Stern en Alemania ha sostenido 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"⁴. Ello se explica, entre otras razones, porque no resulta posible regular en los textos constitucionales todas las posibles restricciones a que estos derechos pueden estar sujetos; y, adicionalmente, 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.

Así, en la experiencia española el Tribunal Constitucional en la sentencia parcialmente estimatoria de 8 de abril de 1981- ponente don Luis Díez Picazo-, recaída en el "recurso de inconstitucionalidad" interpuesto contra diversos artículos del Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo del mismo año, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de

trabajo, precisó los siguientes límites que operan sobre los derechos fundamentales⁵:

-límites fijados directamente en la Constitución, por ejemplo la restricción de la libertad ideológica, religiosa y de culto por el necesario mantenimiento del orden público a que alude el artículo 16.1 del texto constitucional español,

-límites derivados mediata o inmediatamente de la Constitución ante la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales, y;

-límites mediata o indirectamente derivados del texto fundamental por la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionalmente tutelados.

Ahora bien, tratándose del primer supuesto, no resulta complicado justificar tal limitación pues ella surge del propio texto constitucional. Lo que podrá discutirse será su conveniencia al interior de un ordenamiento determinado, mas no su recepción positiva. En cambio, los dos últimos casos encuentran justificación en la llamada "teoría de los límites inmanentes a los derechos fundamentales". Esta doctrina- según lo explica Ignacio de Otto- reconoce que tales derechos, por encontrarse dentro de un ordenamiento jurídico, deben conciliarse con los demás bienes que dicho ordenamiento protege, no pudiendo hacerse valer de modo absoluto frente a éstos, sin resultar un obstáculo la falta de expresa licencia constitucional para limitarlos⁶.

En los dos supuestos finales, no cabe resolver el conflicto suscitado aceptando de plano la superioridad de tal o cual derecho pues no estamos ante un orden jerarquizado de bienes constitucionalmente protegidos. El probable conflicto debe ser resuelto en base a una ponderación que no pretenda hacer prevalecer uno sobre otro sino que busque, en la medida de lo posible, la "concordancia práctica" de ambos derechos fundamentales⁷.

Como se sabe, en materia de interpretación constitucional se emplean algunos principios especiales, uno de los cuales es el de la "concordancia práctica", que a tenor de Hesse exige la coordinación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos para

3. SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", Revista de Estudios Políticos (Nuevos Epoca), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, No.71, 1991, pp.97-99.
4. STERN, Klaus. "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; Centro de Estudios Constitucionales, No. 01, 1988, p.272.
5. PAREJO, ALFONSO Luciano. "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", Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, No. 03, 1981, pp.174-175.
6. OTTO Y PARDO, Ignacio de, "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, 1988, p. 110.
7. SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, ob. cit. p. 99.

que al momento de solucionar el problema todos ellos puedan conservar su identidad, y donde el elemento "proporcionalidad" constituye un criterio interpretativo necesario⁸. De esta manera, ha venido orientándose la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán al afirmar que "esta ponderación ha de llevarse a cabo sobre el principio del arreglo menos perjudicial o de la generación de concordancia práctica atendiendo siempre a la interdicción del exceso"⁹.

No obstante lo afirmado, es decir, reconociendo que los derechos fundamentales pueden sufrir razonables restricciones y que el legislador- y sólo él - puede ingresar a regular su ejercicio, ¿existirá alguna valla que le sea infranqueable?, ¿será posible hablar de la presencia de un "límite de los límites"?

II. EL "CONTENIDO ESENCIAL" DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Su desarrollo en la experiencia europea.

Las limitaciones y restricciones indebidas de los derechos fundamentales ocurridas en Alemania durante la experiencia nacional socialista, así como la impotencia de la Constitución de Weimar (1919) para evitar estos excesos, propiciaron una natural desconfianza hacia el legislador ordinario que explica el origen del artículo 19º. de la Ley Fundamental de Bonn (1949). Mediante aquel dispositivo le fue expresamente prohibido al legislador efectuar cualquier afectación al contenido esencial ("wesensgehalt") de los derechos fundamentales¹⁰. En efecto, el referido artículo dispone:

" 1. Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso particular y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente.

2. En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental."

Esta innovación, según explica Stern, ya había sido utilizada por Carl Schmitt en lo referente al contenido nuclear de la Constitución y de las garantías constitucionales, y en torno a ella existe un

"profundo disenso dogmático" que no disminuye su importancia para el sistema de los derechos fundamentales. En términos generales, puede decirse que el contenido esencial de un derecho está constituido por aquellos "elementos identificativos y tipificadores" que deben delimitarse de "sus partes accidentales"¹¹.

La experiencia alemana ha servido como fuente de inspiración, aunque con interesantes matices, al artículo 53º. de la Constitución española, cuyo texto dispone:

"1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)"

Asimismo, en Portugal, se ha reconocido de manera indirecta la exigencia de respetar este contenido esencial inspirándose en la experiencia alemana. En efecto, el artículo 18.3º. de su texto fundamental dispone que "no se puede disminuir la extensión y alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales". Otras legislaciones han suplido su falta de reconocimiento positivo a través de la jurisprudencia. Esto ha sucedido con el Consejo Constitucional francés, la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional austriaco¹².

2. Concepto y caracteres.

Determinar el contenido y caracteres de la innovación alemana no resulta una tarea sencilla. Más aún si tomamos en cuenta, conforme lo han precisado Ignacio de Otto y Luis Prieto Sanchís, que la estructura del contenido esencial en el caso español difiere de su antecedente alemán. En efecto, por un lado el artículo 19.2º. de la Ley Fundamental de Bonn reconoce un límite específico al legislador que opera cuando aquél posee una habilitación expresa para interferir en el ámbito de los derechos fundamentales, y por otro el artículo 53º. del texto español otorga al legislador una habilitación general que somete a todos los derechos a una nueva reserva para regular su ejercicio. Asimismo, mientras en Alemania resulta dudoso determinar si tal exigencia actúa sólo en la

8. HESSE, Konrad, "Escritos de Derecho Constitucional", Madrid; Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 48-49.

9. STERN, Klaus, ob. cit. pp. 273-274.

10. PAREJO ALFONSO, Luciano. ob. cit., p.170.

11. STERN, Klaus, ob. cit. p. 275.

12. FREIXES SAN JUAN, Teresa. "El contenido esencial de los derechos fundamentales a través de los límites o en una formulación positiva. Análisis a partir del artículo 20 C.E". En "X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales", Madrid: Ministerio de Justicia - Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, 1988, Vol. I, pp. 508-509.

actividad limitadora o en cualquier otra actividad normativa referente a derechos fundamentales, en España el respeto al contenido esencial se exige en todos los casos¹³.

Se ha dicho con razón 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 fundamental¹⁴. Por ello, resulta relevante conocer la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 11/1981, de 08 de abril, cuando ingresó a examinar tan delicado concepto. Veamos:

"Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido a un momento histórico en que cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales; y

Se puede (...) hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se 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 protección¹⁵.

Es decir, el supremo intérprete de la Constitución, ha entendido que para delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental deben seguirse dos caminos complementarios. El primero, trata de acudir a su naturaleza jurídica estableciendo una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje, es decir, aquellas ideas generalizadas y convicciones admitidas entre los juristas. Y el segundo, se centra en la búsqueda de los intereses jurídicamente tutelados para que puedan ser real y efectivamente protegidos¹⁶.

A partir de la breve reseña de la jurisprudencia constitucional española podemos efectuar, siguiendo a Luis Prieto Sanchís, las siguientes afirmaciones:

- el contenido esencial de un derecho comprende aquellos elementos mínimos que lo hacen reconocible y que impiden su transformación en otra cosa,
- para determinarlo no basta con acudir a lo dispuesto por el texto constitucional, sino que debe atenderse a otros conceptos jurídicos y a las convicciones generalmente admitidas entre los juristas,
- se trata de un concepto de valor absoluto y no relativo pues siempre conservará sus rasgos esenciales cualquiera sea las circunstancias invocadas, y por último;
- existe 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.

Por cierto, si tomamos en consideración lo afirmado respecto a los límites de los derechos fundamentales, y vinculamos aquello con el concepto de respeto al contenido esencial, veremos que este último ha sido concebido como el "límite de los límites". Es decir, conforme se sostiene en el derecho alemán, "limita la posibilidad de limitar, (...) señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales"¹⁷.

Finalmente, creemos, que si bien la prohibición de afectar el contenido esencial de un derecho fundamental ha sido formulada básicamente en relación a la intervención normadora del legislador, ello "no impide, sino que exige, su mayor alcance, hasta llegar a la fase aplicativa del derecho. Dicho de otro modo, la aplicación de la regulación legal de los derechos fundamentales ha de ser necesariamente congruente con los condicionamientos constitucionales de dicha regulación"¹⁸.

Hemos visto cómo la noción de respeto al contenido esencial surge en la experiencia europea, particularmente en Alemania, como consecuencia de la difícil situación experimentada durante la etapa nacional socialista que importó el olvido de estos derechos y donde el texto constitucional careció de la fortaleza necesaria para hacerle frente. Esta institución, que algunos como Pérez Luño han calificado como una

13. OTTO Y PARDO, Ignacio de. ob. cit. pp. 105-106; PRIETO SANCHIS, Luis. "Estudios sobre derechos fundamentales", Madrid: Editorial Debate, 1990, pp. 141-142.

14. PRIETO SANCHIS, Luis. ob. cit. p. 142.

15. Sentencia citada por PAREJO ALFONSO, Luciano. ob. cit. pp. 186-187.

16. PRIETO SANCHIS, Luis. ob. cit. p. 143.

17. OTTO Y PARDO, Ignacio de. ob. cit. p.126.

18. PAREJO ALFONSO, Luciano, ob. cit. p. 182.

"garantía normativa" pues busca velar por la integridad de su sentido y función así como evitar su modificación¹⁹, también ha encontrado eco en ordenamientos que no la han regulado expresamente pero donde la labor de sus tribunales ha suplido tal omisión. Sin embargo, cabe preguntarnos, ¿en el ordenamiento jurídico peruano se ha recepcionado la referida "garantía normativa"? ¿el constituyente nacional habrá exigido al legislador el necesario reconocimiento del contenido esencial de los derechos fundamentales?, ¿en todo caso nuestra Jurisdicción Constitucional le habrá impuesto el respeto a este "límite de los límites"? ¿o es que estamos en presencia de un concepto que no ha sido tomado en cuenta por nuestro ordenamiento?.

III. LÍMITES Y RESPETO AL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA EXPERIENCIA PERUANA

1. Aspectos generales.

Cuando ingresamos a examinar los posibles límites de los derechos fundamentales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, notamos que el texto constitucional carece de un dispositivo similar al artículo 19º. de la Ley Fundamental de Bonn o al artículo 53.2º, de la Constitución española.

Ello no significa que nos encontremos en un sistema donde los derechos tengan carácter absoluto, pues -salvo casos excepcionales cuyos ejemplos mencionamos inicialmente- entendemos que éstos se hallan sujetos a aquellas limitaciones previstas en forma expresa, o a las que derivan implícitamente del texto constitucional como consecuencia de la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales o aquellos bienes constitucionalmente tutelados (por ejemplo el posible conflicto que podría suscitarse entre la libertad de expresión y el derecho al honor). En verdad, pues, 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.

Tal situación no impide al legislador intervenir en el ámbito de los derechos fundamentales pues, como

hemos indicado, a lo largo del texto constitucional encontramos expresas remisiones a la ley aunque con alcances diferentes. Veamos algunos supuestos:

a) La ley regula el ejercicio de un derecho (así sucede con la libertad de contratación artículo 2.12), o determina la responsabilidad por su ejercicio indebido (v.g. las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento a que se refiere el artículo 2.4);

b) La ley restringe o limita los alcances de un derecho. Esto se aprecia cuando el artículo 2.20.b) dispone que no está permitida forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley. Igualmente, tratándose del derecho a no ser incomunicado (artículo 2.20.i) en tanto se dispone que sólo puede privarse a una persona del mismo en caso de ser indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y tiempo previstos por la ley;

c) La ley contribuye a delimitar el contenido de un derecho. En efecto, así sucede con el derecho de petición (artículo 2.18) que faculta al interesado a formular solicitudes ante la autoridad competente, comprende además el derecho a obtener una respuesta dentro del plazo fijado por la ley, y permite que el particular luego de transcurrido este plazo presuma denegada su petición. Es decir, en estos casos el legislador, al determinar el referido plazo, interviene complementando el contenido de un derecho fundamental.

En todos estos casos el legislador -y sólo él pues entendemos que existe una "reserva de ley"-, de una u otra manera, se involucra en la esfera de los derechos fundamentales. Sin embargo, ¿gozará de atribuciones ilimitadas?, ¿deberá respetar aquello que se conoce como el contenido esencial de un derecho fundamental?

Si bien nuestro texto constitucional no ha brindado mayores precisiones al respecto, podemos encontrar algunos criterios en los documentos internacionales sobre derechos humanos que forman parte del ordenamiento jurídico nacional²⁰. Independientemente de ello, creemos que el concepto de respeto al contenido esencial, reconocido explícitamente en unos ordenamientos e implícitamente a través de la jurisprudencia en otros, permite su aplicación en sistemas en los

19. PEREZ LUÑO, Antonio E. "Los derechos fundamentales", Madrid: Tecnos, 3 ed., 1988, p.66.

20. En efecto, el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". De modo similar, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

cuales no ha sido incorporado en forma expresa, pues en el fondo la limitación a lesionar el contenido esencial reviste un "carácter puramente declarativo"²¹. Por ello, entendemos que bien puede hablarse en nuestro régimen constitucional de una exigencia de esa naturaleza que imponga al legislador -y en general a todos los poderes públicos- una valla realmente insuperable. Sin embargo, debemos precisar que ello no significa ampliar la discrecionalidad del legislador al momento de intervenir en el campo de los derechos fundamentales, pues de ser así se estaría creando un riesgo al propiciar "una interpretación conservadora" de estos derechos, que en su momento fue un legítimo temor de algunos autores como Luis Prieto Sanchis en España²².

Habíamos dicho, que el examen de los límites a los derechos fundamentales acrecienta el interés por conocer el funcionamiento de la Jurisdicción Constitucional, pues ella será la encargada de determinar en definitiva su validez en un sistema concreto. Esta situación, nos ha motivado a examinar la actuación de nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales en aquellos casos en que ha sido impulsado a determinar los alcances de los derechos fundamentales limitados o restringidos por el legislador. Con tal efecto, nos interesa evaluar las sentencias recaídas en las acciones de inconstitucionalidad planteadas en los últimos años (1983-1990) que aludan a esta materia.

2. Los límites al legislador: las acciones de inconstitucionalidad

En primer lugar, debemos mencionar que durante el período 1983-1990 únicamente se plantearon diez acciones de inconstitucionalidad²³. De ellas, dos fueron resueltas a través de autos, en cuatro ocasiones no logró alcanzarse el número de votos necesarios para dictar sentencia, en tres procesos se expidió fallo, y finalmente en un caso sólo pudo resolverse un extremo de la pretensión mientras que el otro no pudo serlo por carecerse del mínimo de votos necesarios para ello. Ahora bien, de las referidas acciones sólo examinaremos aquéllas sobre las cuales recayó algún tipo de pronunciamiento del T.G.C. en lo referente a los derechos fundamentales. Nos estamos refiriendo a las acciones de inconstitucionalidad planteadas

contra la Ley No. 24617 y el Decreto Legislativo No. 371 (Exp.001-87-I/TGC), contra la Ley No. 25051 (Exp. 001-90-I/TGC) y finalmente a la presentada contra la Ley No. 25202 (Exp. 003-90-I/TGC).

2.1. El Expediente No. 001-87-I/TGC.

En la acción de inconstitucionalidad planteada por 21 senadores contra la Ley No. 24617 y el Decreto Legislativo No.371, se alegaba que el indicado Decreto vulneraba entre otros derechos aquéllos de naturaleza laboral pertenecientes a los miembros de las Fuerzas Policiales (hoy Policía Nacional). El T.G.C. en su sentencia de 24 de setiembre de 1987 (El Peruano 09-02-88, pp. 11-12) declaró infundada la demanda en lo referente al Decreto Legislativo No. 371 y a los artículos 1º. y 3º. de la Ley No. 24617, omitiendo pronunciarse sobre el artículo 2º. de la citada Ley por no reunir los votos necesarios para ello. En la "ratio decidendi" de su fallo entendió que no habían sido vulnerados tales derechos pues:

"...no se ha llegado a demostrar que el artículo 42 del Decreto Legislativo 371, al autorizar el pase al retiro del personal policial por invitación con fines de renovación ineludible, desconoce o está en contradicción con los principios consagrados por los artículos 1º, 42º, 43º y 233º. de la Constitución, porque tratándose de instituciones organizadas jerárquica y verticalmente por razón de la naturaleza de sus funciones, sus integrantes no pueden estar sometidos al régimen de estabilidad laboral de los trabajadores del sector privado (...), ni al régimen que ampara a los demás trabajadores del sector público (...), como tampoco al de los señores magistrados del Poder Judicial (...), sino que tienen que estar sometidos a un régimen excepcional, (...), que la misma Constitución puntualiza expresamente en su artículo 274, disponiendo que las leyes y reglamentos respectivos regulan la organización, funciones, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y Policiales, y para cuyo cumplimiento se ha dado precisamente en el caso de las Fuerzas Policiales, el Decreto Legislativo 371, con el que se pretende y dispone la renovación constante de los cuadros de las Fuerzas Policiales; renovación que en el caso de toda institución armada resulta explicable para asegurar su funcionalidad y eficacia, debien-

21. Para Luciano Parejo "forzoso es afirmar que, en cualquier caso y abstracción hecha de cual pudiera ser teóricamente el ámbito del artículo 53.1 de la Constitución, todos los derechos fundamentales, por el solo hecho de su reconocimiento por la norma fundamental son resistentes, en su contenido esencial, frente a cualquier disposición legal o acto aplicativo que pretendiera desconocer dicho contenido. En este sentido puede hablarse del carácter puramente declarativo de la prohibición de lesión del contenido esencial", (ob. cit. pp. 180-181).
22. PRIETO SANCHIS, Luis. "La protección de los derechos fundamentales a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad". Anuario de Derechos Humanos, Madrid, 1982, No. 01, p. 398.
23. Sólo nos referimos a diez acciones de inconstitucionalidad y no a las doce que obran en los archivos del T.G.C. (Arequipa), pues dos de ellas fueron indebidamente denominadas por los demandantes de esa manera. Nos estamos refiriendo a los reclamos que presentaron el Sr. Julio Armaza Chambí (Exp. No. 001-82) contra la resolución que no lo ratificó como Juez de Primera Instancia, y al presentado por Reynaldo Naupay Gavilán (Exp. No. 002-83) contra una resolución municipal, que fueron planteados como "acciones de inconstitucionalidad" y que fueron rechazados por el T.G.C. por carecer de competencia para ello.

do entenderse que la oportunidad del pase a la situación de retiro no queda librada al mero arbitrio o capricho del Director de las FF.PP. ni del Ministro del Interior; (...), sino al resultado de todo un procedimiento evaluativo que se desarrolla a través de los diferentes niveles de las FF.PP., a lo largo de los cuales el interesado tiene la ocasión de hacer valer sus derechos; por lo que dicha modalidad del retiro no puede ser calificada ahora como sanción ni como medio de privación del derecho de defensa."

Ahora bien, pese a que el dispositivo constitucional que reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo lo hace de manera general sin establecer limitación alguna (artículo 48°), el T.G.C. reputa como válida la restricción establecida por el referido Decreto Legislativo efectuando una interpretación sistemática del texto constitucional. Acude para ello a lo dispuesto en el artículo 274°, el cual tampoco fija una limitación expresa pues sólo habilita al legislador a regular determinados aspectos referentes a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional (empleo, disciplina, etc.). Por lo demás, normalmente cuando el constituyente ha querido limitar los alcances de un derecho a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional así lo ha dejado establecido. Basta para ello recordar, el derecho de petición (artículo 2°. inciso 18°), los derechos de sindicalización y huelga (artículo 61°) o el derecho de sufragio activo y pasivo (artículo 67°). Sin embargo, tratándose de la estabilidad laboral no hizo lo mismo, ¿cómo pudo entonces el T.G.C. entender que tal derecho no alcanzaba a los miembros de las Fuerzas Policiales?.

Podemos especular que el Tribunal pretendió aplicar sin proponérselo, la llamada "teoría de los límites inmanentes a los derechos fundamentales". Es decir, reconociendo la existencia de la estabilidad laboral como regla general, consideró que el legislador podía establecer un régimen excepcional para la Policía Nacional, amparándose en el artículo 274°. porque pareció entender que resultaba necesario limitar tal derecho en aras de su funcionalidad y eficacia, pues aquélla forma parte de la Defensa Nacional, que debe ser preservada por tratarse de un bien constitucionalmente protegido.

En cambio, cuando el T.G.C. se refiere al derecho de defensa, efectúa una interpretación que lo conduce a reputar válido el Decreto Legislativo impugnado pues considera que a efectos de la aplicación de la causal de retiro por renovación de cuadros, el afectado se encuentra sujeto a un procedimiento evaluativo en el cual tiene ocasión de hacer valer sus derechos. Tal interpretación, cuyos alcances no se encuentran explícitamente mencionados en el referido Decreto, olvida la aplicación práctica que esta causal ha tenido en los últimos años pues no se ha brindado a los afectados la posibilidad de ejercitar su defensa. En todo caso, si el T.G.C. quiso interpretar la norma conforme a la Constitución y reconducir su sentido

hacia aquélla, debió tratar de ser más explícito para así poder entender que se estaba expidiendo una "sentencia interpretativa" cuyos alcances -como señala la doctrina- deberían imponerse a los demás poderes públicos.

2.2. El Expediente No. 001-90-I/TGC.

En la acción de inconstitucionalidad planteada por el Fiscal de la Nación contra la Ley No. 25051 - mediante la cual se declaró de necesidad y utilidad pública la expropiación de un terreno ubicado en la provincia de Chanchamayo, Departamento de Junín - se alegaba entre otros aspectos la vulneración del derecho de propiedad. El T.G.C. por resolución de 13 de agosto de 1990 (El Peruano 26-09-90 p.9) declaró fundada la pretensión, expidiendo de esta manera la primera sentencia estimatoria con que hasta la fecha contamos. En la parte considerativa de su decisión sostuvo:

"... la Constitución garantiza el derecho de propiedad, pero sin considerarlo un derecho absoluto, imperturbable o eterno, sino que lo condiciona, excepcionalmente, a un interés mayor como el de la colectividad, sea éste expresado en el interés social o la utilidad pública que puede incidir a favor de un grupo social directamente o a través del Estado que orgánicamente nos representa.

(...) pensamos que no puede considerarse de necesidad y utilidad pública para el Estado, expropiar sus bienes a un numeroso grupo de personas; es decir, a un grupo social organizado de acuerdo a las leyes de la República para solucionar por su propia iniciativa sus necesidades esenciales de vivienda, dentro de los parámetros y garantías que establece la misma Constitución (...), para entregar esas mismas áreas, al Concejo Distrital o a otra Asociación Pro-Vivienda; caso éste último en que se lesionaría además el principio fundamental de la igualdad ante la ley. ¿Qué puede justificar expropiar a una asociación para darle la tierra a otra asociación?. Obviamente no podría haber justificación alguna, como no lo tiene la norma legal impugnada, por lo que carece de un elemento fundamental como es la equidad en el trato.

(...) el legislador no ha podido satisfacer en la cuestionada ley las exigencias constitucionales de necesidad y utilidad pública (...), por eso mismo, no adquiere el carácter de legitimidad que debe distinguirse."

En este caso el T.G.C., luego de reconocer que la propiedad no constituye un derecho absoluto, supedita sus alcances a razones de interés social o de utilidad pública que se concretan a través de la figura de la expropiación. Con ello, por cierto, no aporta ninguna novedad pues el propio texto constitucional así lo dispone (artículo 125°). Es decir, el Tribunal como no podía evitarlo se refiere a un límite expresamente establecido en la Constitución, que en el caso en cuestión no había sido respetado adecuadamente

por el legislador. No obstante, lo interesante de su fallo es que para ello tomó en consideración dos valores constitucionalmente protegidos -el principio de igualdad ante la ley y equidad de trato- cuya interpretación lo condujo a justificar la expedición de una sentencia estimatoria. En otras palabras, entendió que si bien la expropiación constituye una limitación a un derecho fundamental, si aquélla colisiona con otros valores constitucionalmente reconocidos, debe efectuarse una interpretación que sin negar el carácter limitado del derecho de propiedad evite que el legislador disponga una restricción injustificada y desproporcionada por ello, el T.G.C. ingresó a examinar la legitimidad constitucional de la declaración de necesidad y utilidad pública-conocida en doctrina como "causa expropriandi"- asumiendo que aquélla constituye materia justiciable.

2.3 El Expediente No. 003-90-I/TGC.

En la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ley No. 25202, el T.G.C. con fecha 13 de agosto de 1990 (El Peruano 27-09-90 pp. 11-12) expidió sentencia desestimatoria por reputar infundada la pretensión formulada. La referida ley, había dispuesto que la provisión del 25 % del total de las plazas de trabajo del personal obrero de las distintas categorías y especialidades en las obras de construcción civil privadas, estatales y paraestatales correría a cargo de los sindicatos de trabajadores de dicha rama. Uno de los argumentos esgrimidos por el T.G.C. para declarar infundada la pretensión, descansó en la siguiente "ratio decidendi":

"Desde luego que, tampoco se viola la libertad de contratación del empleador-empresario. Puesto que esta libertad consagrada en el artículo segundo, inciso doce de la Constitución no es absoluta. Porque ella es regulada por la ley para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso de derecho. Y si, esta limitación se extiende al campo civil como se desprende de los textos de los artículos 1354º. y 1355º. del Código Civil vigente. ¿Cómo se podría, válida y jurídicamente argumentar, que en el ámbito laboral el arbitrio del empleador para contratar, no tiene límite?".

A decir verdad, el T.G.C. al examinar la colisión de derechos fundamentales en conflicto -por un lado la libertad de contratar de los empleadores y por otro el derecho al trabajo y a la no discriminación de los dirigentes sindicales y trabajadores mayores de cuarenta años-, efectuó una interpretación que partiendo del carácter limitado de la libertad de contratación da preferencia a los restantes derechos. Y es que en realidad, como se ha señalado, la "bolsa de trabajo" a

que se refiere la Ley No. 25202 limita la libertad de contratar pues no permite elegir libremente a la persona con quien se contrata, aunque ello se hace amparándose en el propio texto constitucional que reitera el carácter limitado de dicho derecho²⁴.

IV. A MANERA DE CONCLUSION

1) Durante el desarrollo del presente trabajo -necesariamente preliminar por la amplitud y complejidad del tema abordado-, hemos examinado las posibles limitaciones a los derechos fundamentales, pues entendemos que aquéllos en su mayoría no gozan de carácter absoluto. En efecto, tales derechos pueden estar sujetos a determinados límites, ya sea expresamente fijados por la Constitución, o derivados implícitamente de ella como consecuencia de la necesidad de preservar otros derechos fundamentales, u otros bienes constitucionalmente protegidos con los cuales podrían estar en conflicto. En estos casos, para determinar válida y razonablemente las posibles limitaciones a un derecho fundamental, resulta indispensable el ejercicio de una adecuada interpretación constitucional que no haga prevalecer un derecho sobre otro, sino que efectúe una ponderación orientada a una "concordancia práctica" de los mismos, es decir que resuelva el conflicto suscitado tratando de mantener en lo posible su entidad y donde el principio de proporcionalidad juegue un rol fundamental.

2) El legislador, incluso a través de expresas normas constitucionales, está habilitado a intervenir en la esfera de los derechos fundamentales, pero respetando su contenido esencial. Aquél constituye un concepto surgido en el derecho alemán, incorporado expresamente en el texto constitucional español, y reconocido jurisprudencialmente en otros ordenamientos europeos.

3) La Constitución peruana, habilita la intervención del legislador en la esfera de los derechos fundamentales pero, a diferencia de otros sistemas, no se refiere expresamente al necesario respeto de su contenido esencial. No obstante, entendemos que no es imprescindible tal alusión, teniendo en cuenta que el reconocer un derecho en el texto constitucional exige su ineludible respeto. Por lo tanto, la limitación a lesionarlo reviste carácter meramente declarativo. En consecuencia, resulta válido afirmar que el legislador y en general todos los poderes públicos- encuentran en el contenido esencial una valla insuperable.

4) El contenido esencial de un derecho fundamental es un concepto jurídico indeterminado que se concreta en relación a cada derecho fundamental, y -conforme lo entiende la jurisprudencia constitucional

24. NEVES MUJICA. Javier, "Reseña y comentario de la sentencia del TGC en el proceso por inconstitucionalidad de la ley 25202 iniciado por el Fiscal de la Nación". Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 06, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1990, p. 171.

española-, comprende aquellos elementos mínimos que lo hacen reconocible como tal e impiden su transformación en otra cosa. Debe evitarse que una interpretación restrictiva del mismo pueda propiciar una actitud conservadora sobre sus alcances.

5) Nuestra jurisprudencia constitucional, en las pocas acciones de inconstitucionalidad en que fue-

ron discutidos los alcances de un derecho fundamental así como la intervención del legislador en su régimen, ha entendido que los mismos no gozan de carácter absoluto sino que pueden estar sujetos a determinadas limitaciones. Sin embargo, a diferencia de otros Tribunales Constitucionales, para fijar los límites a la intervención del legislador no se ha valido de aquel concepto que exige el necesario respeto a su contenido esencial.



L.T. 9071261

Usted y MAGGI... hacen mejores comidas!