

LOS DERECHOS TUTELADOS POR EL AMPARO

El debate respecto a su contenido constitucionalmente protegido

Dr. Samuel B. Abad Yupanqui

Estudios de Doctorado en la Universidad Autónoma de Madrid.
Profesor Principal de Derecho Constitucional de la Pontificia
Universidad Católica del Perú. Ex Defensor Adjunto en la
Defensoría del Pueblo. Profesor de la Academia de la Magistratura.

Sumario:

I. Tutela de derechos constitucionales. Las diversas modalidades adoptadas. II. La exigibilidad de los derechos sociales. III. Derechos con sustento constitucional directo: la pretendida “inflación” de derechos fundamentales. IV. La tesis del contenido esencial de los derechos fundamentales y su indebida aplicación al proceso de amparo. V. A manera de reflexión final.

De acuerdo con la Constitución, el amparo procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, distintos a la libertad individual y a los derechos tutelados por el *hábeas data*. La doctrina¹ suele mencionar determinados presupuestos específicos para su procedencia. Ello no excluye la existencia de otros, como por ejemplo, los que determinan su procedencia contra resoluciones judiciales o contra normas, sino tan solo se trata de rescatar los presupuestos aplicables a todo proceso de amparo.

En este sentido, el artículo 5 del Código contempla diez causales de improcedencia que determinan los casos en los cuales el juez puede abstenerse de ingresar al fondo de la controversia porque no se cumplen los presupuestos básicos para la viabilidad de este proceso. A partir del análisis de las referidas causales de improcedencia puede apreciarse el “modelo de amparo” adoptado. Así puede afirmarse que el amparo constituye una manifestación de la denominada tutela de urgencia que sólo garantiza el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental (inciso 1), que es subsidiario (incisos 2, 3 y 4), donde el acto lesivo debe subsistir o ser reparable al momento de presentarse la demanda (inciso 5), que no puede cuestionar en supuestos excepcionales los actos de determinados poderes públicos (incisos 6, 7 y 8), que no sustituye al proceso competencial si la controversia se suscita sobre las atribuciones o competencias de entidades de derecho público (inciso 9) y que debe presentarse dentro de un plazo determinado (inciso 10).

Una de las normas que más debate ha generado ha sido la prevista por el inciso 1 del citado artículo 5 –y el artículo 38– que en ocasiones el Tribunal Constitucional ha tratado de asimilar como sinónimo del denominado “contenido esencial”. Es el tema que pretendemos abordar en las líneas siguientes.

¹ Seguimos el esquema utilizado por el procesalista uruguayo Enrique VÉSCOVI. (1988) p. 476 y ss.

I. TUTELA DE DERECHOS CONSTITUCIONALES. LAS DIVERSAS MODALIDADES ADOPTADAS

En el Derecho Comparado pueden distinguirse tres posibles variables respecto al conjunto de derechos protegidos por el amparo: una tesis muy amplia, otra amplia y finalmente una posición intermedia².

1. La tesis muy amplia señala que el amparo no sólo protege los derechos constitucionales incluyendo a la libertad individual, sino también derechos que no gozan de aquel rango pero que llegan a ser tutelados debido, en ocasiones, a una interpretación extensiva de una norma constitucional. Esta posición ha sido acogida en la experiencia mexicana, cuando comprende al hábeas corpus dentro del amparo, y cuando admite la procedencia del llamado “amparo–casación” o “amparo–recurso” en defensa de la legalidad de las resoluciones judiciales, es decir, de la exacta aplicación de la ley. La reforma constitucional argentina (artículo 43) parecería inscribirse en esta tesis al señalar que el amparo procede cuando se afecten derechos reconocidos por “esta Constitución, un tratado o una ley”.
2. La tesis amplia admite el amparo en resguardo de todos los derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de la libertad individual. Se excluyen así aquellos derechos que no gozan de raíz constitucional, e incluye a los derechos constitucionales de naturaleza patrimonial, a los derechos sociales y a los que se fundan en la dignidad del ser humano o en los principios que orientan un estado democrático de derecho.
3. La tesis intermedia, en cambio, protege ciertos derechos reconocidos por la Constitución –a los que suele denominar derechos fundamentales–, y se caracteriza por mencionar expresamente cuáles son los derechos objeto de tutela. Esto ocurre, por ejemplo, en la experiencia española, pues el artículo 53.2 de la Carta de 1978 sólo concede el amparo en defensa de los derechos contenidos en el artículo 14 de la sección primera del capítulo II relativo a los derechos fundamentales y libertades públicas, y en el artículo 30.2 de la Constitución. Sin embargo, hay que reconocer que el Tribunal Constitucional ha mantenido “una postura de moderada flexibilidad en la interpretación de estos preceptos” a partir, entre otros supuestos, de una “aplicación instrumental” del derecho a la igualdad y de la tutela judicial efectiva³. Asimismo, en Alemania, el amparo protege los denominados derechos fundamentales (previstos en los artículos 1 al 19), así como los derechos reconocidos en los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104. Por su parte, en Colombia, la Constitución señala que la tutela protege los “derechos constitucionales fundamentales” (artículo 86), los cuales se encuentran ubicados en el capítulo I del título II de la citada Carta. Sin embargo, la Corte Constitucional –en la sentencia de tutela T–02 de 8 de mayo de 1992– ha precisado que “el constituyente no determinó en forma taxativa cuáles eran los derechos constitucionales fundamentales, a diferencia de algunos textos constitucionales de otros países, como es el caso de la Constitución española de 1978 (...) y de la Constitución alemana (...)”. De esta manera, como señala Cepeda, la Corte considera que un criterio formal no es suficiente para determinar si un derecho es fundamental pues debe acudir a criterios materiales “y deben ser apreciados en cada caso”⁴.

² SAGUES, Néstor Pedro. (1991) p. 152 y ss.

³ FIGUERUELO, Angela. (2001) p. 41.

⁴ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. (2001) p. 54.

En el Perú se ha optado por una tesis amplia en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo. Y es que la Constitución dispone que el amparo protege los derechos que ella reconoce, es decir, los derechos constitucionales distintos a la libertad individual y a los tutelados por el hábeas data. El texto constitucional emplea la expresión derechos fundamentales para denominar a aquellos incluidos en el primer capítulo de su título I, estableciendo una aparente distinción con los restantes derechos desarrollados en otros capítulos, pues a ellos no los denomina fundamentales sino sociales y económicos (capítulo II) y políticos (capítulo III).

A nuestro juicio no existe tal aparente distinción. En efecto, los derechos no previstos en el primer capítulo también gozan de la protección reforzada de los procesos constitucionales, pues el artículo 200 señala que el amparo protege todos los derechos reconocidos por la Constitución sin distinguir en función de su ubicación. Asimismo, la cláusula abierta –prevista por el artículo 3, ubicado en el primer capítulo de la Constitución⁵ – permite afirmar que también son derechos fundamentales los demás reconocidos por ella, así no se encuentren ubicados en el capítulo primero e incluso los “derechos implícitos”, es decir, aquellos no previstos constitucionalmente al amparo de la teoría de los “derechos innominados”. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, por ejemplo, cuando reconoció el derecho a la verdad⁶ y una mayor amplitud a los derechos de los consumidores y usuarios⁷. Por lo demás, en nuestro ordenamiento jurídico, no existen diferencias entre las expresiones derechos constitucionales, derechos fundamentales y derechos humanos.

La derogada Ley Nº 23506 (artículo 24) ratificó lo expuesto pues estableció una enumeración amplia y abierta de derechos susceptibles de ser tutelados por el amparo. En efecto, luego de precisar en veintidós incisos los derechos protegidos por el amparo agregó en su inciso 22 que también tutelaba “los demás derechos fundamentales que la Constitución consagra”. El Código Procesal Constitucional mantiene similar posición (artículo 37 inciso 25), pero explicita algunos derechos que no aparecían en el catálogo de la Ley Nº 23506 como el derecho a la remuneración, a la pensión, a la salud, al medio ambiente, entre otros. Asimismo, al reconocer el derecho a la igualdad, visibiliza algunos supuestos específicos de discriminación, como sucede con la prohibición de discriminación por orientación sexual, inspirándose en lo dispuesto por el Tratado de Amsterdam firmado el 2 de octubre de 1997 (artículo 6a), en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 21.1) firmada el 7 de diciembre del 2000 y en la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos firmada el 26 de julio del 2002 (artículo 53).

De otro lado, la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución señala que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que dicha disposición implica:

⁵ Según la cual “la enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático y de la forma republicana de gobierno”.

⁶ En el caso Genaro Villegas Namuche (Exp. Nº 2488-2002-HC/TC, El Peruano –Separata Jurisprudencia- 29 de marzo de 2004, p. 6001).

⁷ Así lo expuso en el Exp. Nº 0008-2003-AI, F. J. Nº 22, resuelto el 11 de noviembre del 2003.

“...una adhesión a la interpretación que, de los mismos (de los tratados sobre derechos humanos) hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la región” (Exp. N° 217-02-HC/TC, sentencia publicada el 20 de setiembre del 2002).

De esta manera, las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos completan el ordenamiento constitucional peruano en materia de derechos humanos. Así también lo señala el artículo V del Código Procesal Constitucional.

II. LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

La derogada Ley N° 23506 contenía una disposición polémica respecto a aquellos derechos cuyo cumplimiento requería un gasto del Estado. Así, en su artículo 25 señalaba que “no dan lugar a la acción de amparo los derechos a que se refiere la sexta de las disposiciones generales y transitorias de la Constitución”⁸, vale decir, aquellos que para su cumplimiento requieren “nuevos o mayores gastos públicos”. Una norma de esta naturaleza, que incidía especialmente en la tutela de los derechos sociales, no debió ser incorporada pues corresponde al juez constitucional –y no al legislador– determinar, en cada caso concreto, los alcances de la protección de tales derechos a partir de un adecuado ejercicio de interpretación constitucional.

Es más, dicha norma permitió algunas interpretaciones cuestionables como cuando el Tribunal, al resolver un proceso de amparo, sostuvo que para efectuar el control de las omisiones legislativas debía evaluarse el “tipo de norma programática cuya exigibilidad se invoque, descartándose dentro de tal contexto las de tipo económico, (...), por no ser materia de análisis en sede jurisdiccional” (Caso Asociación de Servidores Civiles del Ejército y otros, Exp. N° 083-92-AA/TC). Una interpretación de esta naturaleza, reduciría la posible tutela de los derechos sociales. Por ello, no faltaba razón a quienes consideraron que el artículo 25 de la Ley N° 23506 era inconstitucional⁹.

Felizmente, dicha norma no siempre fue tomada en cuenta. Así por ejemplo, algunas demandas de amparo presentadas contra el Estado por personas con VIH – SIDA para que se les proporcione medicamentos antiretrovirales fueron declaradas fundadas por la Corte Superior de Lima (Exp. N° 2483-2002, Cuarta Sala Civil, sentencia de 4 de junio de 2003; Exp. N° 1454-2002, Sexta Sala Civil, sentencia de 9 de mayo de 2003)¹⁰, pese a que ello implicaba un gasto para el Estado.

En un proceso similar, el Tribunal Constitucional –caso Azanca Meza García– declaró fundada la demanda presentada. Consideró que debía conceder protección al “derecho a la salud”, pues en este caso en particular se han presentado las condiciones que así lo

⁸ La Ley N° 23506 aludía a la Constitución de 1979 cuya norma citada decía que “Las disposiciones constitucionales, que irrogan nuevos gastos e inversiones se aplican progresivamente. La Ley Anual del Presupuesto contempla el cumplimiento gradual de esta disposición”. En la actualidad, la Carta de 1993 mantiene una cláusula similar (undécima disposición final y transitoria) al señalar que “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

⁹ CARPIO MARCOS, Edgar. (2004) p. 152.

¹⁰ LUNA CERVANTES, Eduardo. (2003) p. 157.

ameritan. Este pronunciamiento a favor de la recurrente se fundamenta no solo por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino por razones fundadas en la propia legislación de la materia, que ha dispuesto los cauces para la máxima protección de los enfermos de SIDA, mediante la promulgación de la Ley N° 28243, que modifica la Ley N° 26626; más aún cuando actualmente se viene promocionando una campaña de tratamiento gratuito de antirretrovirales para pacientes en condiciones de extrema pobreza, en cuyo grupo debe ser considerada la recurrente, toda vez que cuenta a su favor con una medida cautelar otorgada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Exp. N° 2945–2003–AA/TC, sentencia de 20 de abril del 2004, F.J. 50). Y es que el Tribunal, como señala Marcial Rubio, a través de su jurisprudencia, ha tratado de integrar los “dos estados de desarrollo del Estado” –Estado liberal y Estado social– para, de tal manera, “mantener los derechos individuales y hacerlos compatibles con los derechos sociales (...)”¹¹.

El Código Procesal Constitucional elimina lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley N° 23506 pues considera que debe ser el juez quien determinará los alcances de la tutela de los derechos sociales y su exigibilidad¹². En este sentido, el Tribunal ha considerado que:

“...la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando se compruebe que puede efectuar acciones concretas para la ejecución de políticas sociales” (Exp. N° 2016–2004, F.J. 32).

En esta materia la experiencia comparada resulta sumamente aleccionadora; así por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C–177/05¹³, ha precisado los alcances del principio de progresividad de los derechos sociales cuando se logra “un determinado nivel de protección” y ha determinado en qué casos un retroceso puede resultar inconstitucional.

III. DERECHOS CON SUSTENTO CONSTITUCIONAL DIRECTO: LA PRETENDIDA “INFLACIÓN” DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En muchas ocasiones se ha podido apreciar cómo a través de interpretaciones extensivas ciertos abogados –cuyas pretensiones en ocasiones han sido acogidas por los jueces– han tratado de ampliar los alcances de un derecho para comprender, dentro de él, supuestos que exceden de su contenido. Así Francisco Eguiguren menciona como ejemplos la extensión indebida de la libertad de asociación para comprender la resolución de conflictos internos entre sus miembros, la libertad de contratación para incluir los incumplimientos de contratos, o la libertad de trabajo de los ambulantes¹⁴. Para evitar ello, algunos han propuesto que se establezca una relación taxativa de los derechos protegidos por el proceso de amparo. Este fue el parecer del entonces congresista Antero Florez–Aráoz durante el debate que condujo a la aprobación del anteproyecto de reforma constitucional en el año 2002¹⁵.

¹¹ RUBIO CORREA, Marcial. (2006) p. 46.

¹² ALVITES ALVITES, Elena. (2005) p. 54.

¹³ ACUÑA, Juan Manuel. (2006) pp. 15-16.

¹⁴ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. (2002) pp. 219-220.

¹⁵ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES. (2002) p. 45.

A nuestro juicio, los problemas presentados no se resuelven estableciendo que sólo ciertos derechos pueden tutelarse a través del amparo. En esta materia resulta imprescindible determinar que se trata de un derecho con sustento constitucional directo y efectuar un adecuado ejercicio de interpretación constitucional para evitar la “inflación” de derechos e impedir que se abra la puerta al amparo en casos en que no corresponde. Asimismo, se requiere diseñar un amparo realmente excepcional para que se acuda a la vía constitucional en los casos en que la urgencia de tutela lo justifique. Por ello, resulta bastante expresiva la terminología utilizada por la experiencia brasilera que señala que el “mandado de *segurança*” o amparo sólo, procede cuando existe un “derecho líquido y cierto”¹⁶. Tal expresión no ha sido recibida en nuestra jurisprudencia, aunque fue acogida en algunos casos excepcionales por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. N° 2289–2001, El Peruano –Separata Jurisprudencia– 24 de agosto de 2002, p. 5338) al precisar que:

“...es objeto de la acción de amparo reponer las cosas a un estado determinado para declarar que el derecho existente, cierto y líquido está siendo violado o amenazado por un hecho real, efectivo, tangible y concreto que constituye lesión de categoría constitucional”.

De ahí que compartamos el criterio del Tribunal Constitucional expuesto en la demanda de amparo presentada por Víctor Montori contra Compañía Minera Milpo S.A (Exp. N° 328–2001–AA/TC), resuelta el 25 de setiembre del 2001 (El Peruano –Separata Garantías Constitucionales–, 20 de setiembre de 2001, p. 4717), cuando sostuvo que:

“...el derecho de preferencia, en su origen, puede derivarse de la ley o el estatuto, siendo en consecuencia de naturaleza legal o estatutaria pero no constitucional (...). En ese sentido, no se origina un conflicto susceptible de llevarse al amparo, dado que en esta sede sólo se pueden dilucidar casos en los que resulte perjudicado un derecho regulado en la Constitución”.

Criterio similar mantuvo el Tribunal cuando declaró improcedente la demanda de amparo en defensa del derecho de posesión, pues si bien aquel constituye:

“...uno de los elementos que integra la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos que la ley, a través de los procesos ordinarios, establece” (Caso Lorenzo Cruz Camillo, Exp. N° 3773–2004–AA/TC, F.J. 2).

Precisamente, estos criterios deben orientar la interpretación de los derechos constitucionales¹⁷ de lo contrario, el amparo terminará protegiendo derechos de naturaleza u origen legal¹⁸ y se desnaturalizará su sentido constitucional. Por ello, el artículo 5 inciso 1 del Código Procesal Constitucional señala que la demanda será improcedente cuando los hechos y el petitorio “no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado” y el artículo 38, refiriéndose específicamente al proceso de amparo, precisa que éste no procede “en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”. Se trata de una causal de improcedencia similar a la prevista por los incisos b y c del artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, que permite disponer la inadmisión del “recurso de amparo”,

¹⁶ PINTO FERREIRA, Luiz. (1996) p. 420.

¹⁷ CARPIO MARCOS, Edgar. (2004) pp. 27 y ss.

¹⁸ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. (2007) p. 225.

cuando la “demanda se deduzca respecto de derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional” (inciso b) o cuando “la demanda carezca manifiestamente de contenido constitucional”, aunque esta última fórmula es mucho más amplia en el modelo español¹⁹.

IV. LA TESIS DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INDEBIDA APLICACIÓN AL PROCESO DE AMPARO

Diversas opiniones se han esgrimido para determinar cuando se está en presencia del “contenido constitucionalmente protegido” de un derecho susceptible de tutela a través del amparo. Para tratar de explicarlo, en ocasiones se ha asimilado la tesis europea del “contenido esencial” al proceso de amparo²⁰; otros autores han propuesto pautas puntuales para determinar el contenido de un derecho²¹; y el Tribunal Constitucional no siempre ha contado con una posición uniforme, resaltando –eso sí– qué debe ser determinado en cada caso concreto.

Cuando se elaboró el Anteproyecto de Código, lo que se trató de evitar con dicha expresión fue la extensión indebida del contenido de un derecho fundamental para forzar el empleo del amparo. No se pretendió trasladar la tesis del “contenido esencial” para explicarlo, sino tan sólo fijar un criterio general que contribuya a evitar excesos y que el juez, en los casos que lleguen a su conocimiento, pueda ir determinando. No obstante, las normas tienen vida propia y por ello a partir de la vigencia del Código se han suscitado diversas interpretaciones.

A nuestro juicio no es posible trasladar automáticamente la figura del “contenido esencial” para indicar que es sinónimo del “contenido constitucionalmente protegido” de un derecho. Dos razones centrales nos conducen a efectuar esta afirmación.

- En primer lugar, una explicación histórica²². La tesis del contenido esencial surge en Alemania como una reacción destinada a evitar los excesos cometidos contra los derechos fundamentales por parte del legislador. En efecto, las limitaciones y restricciones indebidas de los derechos fundamentales ocurridas en dicho país 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 19 de la Ley Fundamental de Bonn (1949)²³. Mediante aquel dispositivo le fue expresamente prohibido al legislador efectuar cualquier afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales²⁴. La experiencia alemana ha servido de fuente de inspiración de otros textos constitucionales, tal como ha ocurrido con el artículo 18.3 de la Constitución portuguesa de 1976²⁵, el artículo 53 de la Constitución española de

¹⁹ REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. (2001) p. 813.

²⁰ MESÍA, Carlos. (2004) p. 117. El citado autor señala que “son improcedentes los procesos constitucionales cuya demanda está referida a aspectos secundarios o accesorios del derecho constitucional que no son parte de su contenido esencial”.

²¹ CASTILLO CORDOVA, Luis. (2005a) pp. 144 y ss. Del mismo autor leer “*El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo*”. (2005b) p. 563.

²² ABAD YUPANQUI, Samuel B. (1992) p. 9.

²³ Artículo 19. Restricción de los derechos fundamentales.

1. Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.

2. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

²⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. (1981) p. 170.

²⁵ Artículo 18. Alcance jurídico. (...)

3. Las leyes restrictivas de los derechos, libertades y garantías habrán de revestir carácter general y abstracto y no podrán reducir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales.

1978²⁶, diversas Constituciones de Europa del Este y el artículo 52.1 de la Carta europea de derechos fundamentales²⁷.

- En segundo lugar, es menester precisar que se trata de un límite o garantía frente al legislador. Así lo resalta el profesor Haberle en su clásico trabajo al indicar que “El artículo 19.2 LF debe su génesis básicamente a tal preocupación, que se dirige frente al legislador”²⁸. Juan Carlos Gavara refuerza este argumento al considerar que no es:

“...aplicable a los actos no normativos del Poder Ejecutivo o a las decisiones del Poder Judicial. (...) La aplicación de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales presupone la existencia de una ley que sea susceptible de ser controlada constitucionalmente. Dicha ley es consecuencia de la aplicación de una reserva de ley”²⁹.

Como se sabe el proceso de amparo no es un instrumento de defensa exclusiva frente al legislador; también procede contra actos de particulares, actos administrativos y jurisdiccionales. Por ello, no resulta coherente trasladar la tesis del contenido esencial al proceso de amparo para indicar que ése será el contenido constitucionalmente protegido de un derecho. Así, por ejemplo, lo ha entendido el Tribunal Constitucional español en la Sentencia Nº 18/2003 (F.J. 3) al señalar que “el contenido adicional y no solo el esencial es también tutelable en amparo, según nuestra jurisprudencia”³⁰.

Por tales consideraciones no compartimos el criterio esgrimido por el Tribunal Constitucional en el caso Manuel Anicama Hernández (Exp. Nº 1417–2005–AA) cuando sostuvo que “todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.” (F.J. 21)³¹. Desarrollando dicho criterio el Tribunal consideró que:

“...sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo expuesto a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial de dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo” (F.J. 37).

²⁶ Artículo 53.

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.

²⁷ Artículo 52. Alcance de los derechos garantizados

1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

²⁸ HABERLE, Peter. (2003) p. 221.

²⁹ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. (1994) p. 202.

³⁰ PÉREZ TREMPES, Pablo. (2004) p. 58.

³¹ Dicha tesis posiblemente ha inspirado lo dispuesto por el artículo 11 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (Resolución Administrativa 031–2006–P/TC) que incluye como un supuesto adicional para la procedencia del recurso de agravio constitucional que “el recurso no se refiera a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental”.

Estos argumentos lo llevaron a concluir que el contenido esencial del derecho a la pensión suceptible de tutela por el amparo está constituido por el acceso al sistema de seguridad social, el respeto de los requisitos para obtener una pensión, el derecho a contar con una pensión mínima, el acceso a una pensión de sobrevivencia si se cumplen los requisitos legales y el respeto a la igualdad material. Los demás aspectos, como por ejemplo el “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”.

Cabe recordar que en una sentencia anterior, al referirse al contenido del derecho a la pensión (Exps. Nº 050–2004–AI, Nº 051–2004–AI, Nº 004–2005–PI, Nº 007–2005–PI, Nº 009–2005–PI), el Tribunal Constitucional acogió la tesis, que en su momento asumió el Tribunal Constitucional español, de los tres círculos concéntricos de un derecho para indicar que, a su juicio, existía un contenido esencial, uno no esencial y otro adicional del derecho a la pensión (F.J. 115). En la actualidad en España

“la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido evolucionando hacia una consideración del contenido esencial de un derecho fundamental, alejada de la doctrina de los círculos concéntricos. (...) El Tribunal Constitucional parece haber abandonado esa visión minimalista para acercarse a la que hoy parece mayoritaria en la doctrina española según la cual el contenido esencial de un derecho fundamental es su titularidad, objeto, contenido y límites tal y como los define en abstracto la norma iusfundamental”³².

En consecuencia, consideramos que debe buscarse el sentido de esta norma en otros terrenos. En esta dirección, como ya hemos indicado en el punto anterior, un antecedente que se acerca a la redacción de la norma nacional puede encontrarse en el artículo 50.1 b y c de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español.

A nuestro juicio, para determinar el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, entendido como una causal de improcedencia del amparo y no de fundabilidad, se debe tratar de delimitar los alcances del derecho fundamental que sustenta la demanda de amparo; es decir, el intérprete debe definir en qué consiste el derecho fundamental alegado y lo que no forma parte de aquel³³. Esto implica determinar los sujetos del mismo, las facultades o prestaciones que involucra; en definitiva, delimitarlo³⁴. Para ello resulta indispensable acudir a lo dispuesto por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los precedentes y la doctrina jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional. Una correcta interpretación del contenido de un derecho se presentó cuando el Tribunal declaró improcedente la demanda de amparo al considerar que “no puede asumirse la afectación de un derecho fundamental como el de la libertad de empresa, en virtud de que este

³² BASTIDA FREIJEDO, Francisco y otros. (2005) p. 138.

³³ BASTIDA FREIJEDO, Francisco y otros. Op. Cit., p. 123.

³⁴ Una precisión importante respecto a las expresiones limitar y delimitar un derecho la efectúa Javier Jiménez Campo, al señalar que “Aunque el significado académico de la palabra límite alude a las ideas de trazo de contornos y confines, el uso lingüístico del derecho la emplea también para referirse a constricciones, excepciones o privaciones de un bien o derecho ya definido. Esta polisemia es fuente de confusión de modo que, en lo sucesivo, reservaré la palabra límite para referirme, estrictamente, a aquellas últimas intervenciones (externas al derecho) y me serviré de la expresión delimitación (...) para englobar todas las acciones públicas que contribuyan a definir los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental”. JIMENEZ CAMPO, Javier. (1999) p. 38.

derecho no puede ser reconocido al demandante, al no tener la licencia correspondiente de parte de la autoridad municipal.” (Exp. N° 3330–2004–AA/TC, F.J. 25).

Un aspecto problemático planteado por Pablo Pérez Tremps es la determinación del “límite entre constitucionalidad y legalidad” a fin de establecer el “alcance material de dichos derechos fundamentales”³⁵. Señala el citado autor que “el ámbito de protección de un derecho no puede hacerse sólo desde el análisis de la norma fundamental. Habrá de acudir, además, a otras normas, en especial a las correspondientes leyes de desarrollo del derecho o derechos en cuestión”³⁶. Sin duda el margen mayor de intervención del legislador se presentará tratándose de los denominados derechos de configuración legal, tal como sucede con el derecho de participación política o la tutela procesal efectiva.

Una sentencia importante donde el TC desarrolló el contenido constitucional del derecho de reunión fue en el caso Confederación General de Trabajadores del Perú (Exp. N° 4467–2004–PA/TC. F.J. 15). En tal ocasión, para hacerlo, no necesitó acudir a la tesis del contenido esencial –como sí lo hizo en el caso Manuel Anicama–, pues se limitó a señalar cuales eran sus elementos fundamentales (subjeto, temporal, finalista, real o espacial y eficacia inmediata). Esta manera de delimitar el contenido del derecho nos parece mucho más apropiada y evidencia la necesidad de precisar sus alcances en función del caso concreto.

V. A MANERA DE REFLEXIÓN FINAL

El amparo peruano, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, tutela todos los derechos reconocidos por la Constitución distintos a la libertad individual y a los protegidos por el proceso de hábeas data. El artículo 3 de la Constitución contiene una cláusula abierta al señalar que los derechos fundamentales son todos los derechos reconocidos por la Constitución y, además, aquellos que derivan de la dignidad del ser humano y del Estado democrático de derecho. Ello permite el reconocimiento de derechos fundamentales implícitos, tal como lo ha precisado el propio Tribunal Constitucional. En el ordenamiento jurídico peruano no existen diferencias entre los derechos constitucionales y los derechos fundamentales.

Sin embargo, a lo largo de su vigencia, se ha podido apreciar que debido a interpretaciones exageradamente amplias, propiciadas por abogados y adoptadas por ciertos jueces, se ha producido una inflación de estos procesos que se han utilizado para casos en los cuales no existe una verdadera afectación de derechos fundamentales.

Por ello, resulta indispensable comprender que el amparo sólo protege los derechos que derivan de manera directa e inmediata de la Constitución, tal como lo dispone el Código Procesal Constitucional. Tales derechos deben ser interpretados y delimitados en cada caso concreto de acuerdo con los tratados sobre derechos humanos y conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional. La tesis europea del “contenido esencial” cuenta con raíces y finalidades distintas que no aportan a dicho esfuerzo.

³⁵ PÉREZ TREMP, Pablo. Ob. Cit., p. 55.

³⁶ PÉREZ TREMP, Pablo. Ob. Cit., p. 57.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD YUPANQUI, SAMUEL B. (1992). *Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar*. Themis – Revista de Derecho, Segunda Época, Nº 21. Lima.
- ACUÑA, JUAN MANUEL. (2006). *Contribuciones de la jurisdicción constitucional para la eficacia de los derechos sociales en la experiencia comparada*. En REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. México, Editorial Porrúa – Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional Nº 6, julio-diciembre 2006.
- ALVITES ALVITES, ELENA. (2005). *La protección jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales. Estrategias nuevas para un viejo problema*. Diálogo con la Jurisprudencia. Lima, Gaceta Jurídica Nº 84, setiembre 2005.
- BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO y otros. (2005). *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid, Tecnos.
- CARPIO MARCOS, EDGAR. (2004). *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima, Palestra Editores.
- CASTILLO CORDOVA, LUIS. (2005a). *Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales*. Actualidad Jurídica. Lima, Gaceta Jurídica, Tomo 139, junio 2005.
- CASTILLO CORDOVA, LUIS. (2005b). *El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo*. En PALOMINO MANCHEGO, JOSE F. (Coordinador). *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*. Tomo I. Lima, Grijley.
- CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ. (2001). *Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*. Bogotá, Legis.
- COMISION DE CONSTITUCION, REGLAMENTO Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES. (2002). *Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución (Texto para el debate)*. Lima, Congreso de la República, 5 de abril del 2002.
- EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. (2002). *Las distorsiones en la utilización del amparo y su efecto en la vulneración del debido proceso: ¿cabe un amparo contra otro amparo?* En ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. Lima, ARA Editores.
- EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO (2007). *El amparo como proceso residual en el Código Procesal Constitucional. Una opción riesgosa pero indispensable*. Pensamiento Constitucional. Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional. Lima, PUCP, Nº 12.
- FIGUERUELO, ANGELA. (2001). *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Madrid, Derecho, Biblioteca Nueva.
- GAVARA DE CARA, JUAN CARLOS. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid, CEC.
- HABERLE, PETER. (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Traducción de Joaquín Brage Camazano. Madrid, Dykinson.
- JIMENEZ CAMPO, JAVIER (1999).
- LUNA CERVANTES, EDUARDO. (2003). *La Defensoría del Pueblo y la protección de los derechos económicos, sociales y culturales*. Revista Debate Defensorial. Lima, Nº 5.
- MEŚÍA, CARLOS. (2004). *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Lima, Gaceta Jurídica.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. (1981). *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981*. Revista Española de Derecho Constitucional Nº 3. Madrid, CEC.
- PEREZ TREMPES, PABLO. (2004). *El recurso de amparo*. Valencia, Tirant lo blanch.
- PINTO FERREIRA, LUIZ. (1996). *Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos no Brasil*. En GARCIA BELAUNDE, DOMINGO – FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO. (1996). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid, Dykinson.
- REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS. (2001). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid, TC-BOE.
- RUBIO CORREA, MARCIAL. (2006). *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Fondo Editorial PUCP.
- SAGUES, NESTOR PEDRO. (1991). *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Tomo 3. Tercera Edición. Buenos Aires, Astrea.
- VÉSCOVI, ENRIQUE. (1988). *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires, Depalma.