

## **La garantía del contenido esencial: una “huella digital” que hace a un derecho fundamental único e irrepetible**

The guarantee of essential content: a “fingerprint trace” that makes a fundamental right unique and unrepeatable

*Autor: Burga Coronel*

*DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.897>*

**LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL: UNA  
“HUELLA DIGITAL” QUE HACE A UN DERECHO  
FUNDAMENTAL ÚNICO E IRREPETIBLE\***

**THE GUARANTEE OF ESSENTIAL CONTENT:  
A “FINGERPRINT”/”TRACE” THAT MAKES  
A FUNDAMENTAL RIGHT UNIQUE AND  
UNREPEATABLE**

**A GARANTIA DO CONTEÚDO ESSENCIAL:  
UMA “IMPRESSÃO DIGITAL” QUE FAZ  
UM DIREITO FUNDAMENTAL ÚNICO E  
IRREPETÍVEL**

**Burga Coronel A.M.<sup>a</sup>**  
angelica.burga@gmail.com

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2018  
Fecha de revisión: 21 de mayo de 2018  
Fecha de aceptación: 01 de junio de 2018

## RESUMEN

Este ensayo se centra en analizar la delimitación o establecimiento de “contornos” o “fronteras” de los derechos fundamentales a fin de proteger su contenido esencial para garantizar su aplicación efectiva. En este sentido, se argumenta que el Estado debe integrar las normas internacionales al ordenamiento interno para conseguir el máximo alcance de ese núcleo fundamental. Como resultado, se considera que la protección de este contenido esencial se convierte en el límite máximo del poder del Estado, para imponer restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales.

## PALABRAS CLAVES

Delimitación, límites, contenido esencial, proporcionalidad.

---

*\* Artículo de reflexión que presenta los resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa y crítica de los autores sobre el tema en cuestión elaborado recurriendo a las fuentes originales que en él se citan.*

*a. Candidata a Doctora en el Programa de Doctorado en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales por la Universidad de Zaragoza (España). Mtra. en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo de Perú. Profesora a tiempo completo en la Facultad de Derecho – Campus Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California. Colaboradora del Cuerpo Académico Paradigmas Constitucionales y Derechos Fundamentales de la referida Facultad.*

## ABSTRACT

This essay focuses on analyzing the delimitation or establishment of "outlines" or "borders" of fundamental rights in order to protect their essential content to guarantee its effective application. For that matter, it argues that the State has to incorporate international norms into the internal order to achieve the maximum reach of that fundamental core. As a result, it is considered that the protection of this essential content turns into the maximum limit of the power of the State to impose restrictions or limitations to fundamental rights.

## KEY WORDS

Delimitation, limits, core content, proportionality.

## RESUMO

Este ensaio enfoca a análise da delimitação ou estabelecimento de "contornos" ou "fronteiras" de direitos fundamentais, a fim de proteger seu conteúdo essencial para garantir sua efetiva aplicação. Nesse sentido, argumenta-se que o Estado deve integrar padrões internacionais à ordem interna para conseguir o alcance máximo do núcleo fundamental. Como resultado, se considera que a proteção desse conteúdo essencial passe a ser o limite máximo do Poder do Estado, por importantes restrições ou limitações às diretrizes fundamentais; aos direitos fundamentais.

## PALAVRAS-CHAVE

Delimitação, limites, conteúdo essencial, proporcionalidade.

## CONSIDERACIONES GENERALES

La principal función que tiene el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales (DF) es la promoción de la dignidad humana, por ello su reconocimiento a nivel internacional y nacional (constitucional) debe interpretarse a fin de garantizar el goce de estos derechos de forma efectiva.

Al ser integrados en el Derecho interno, estos derechos se constituyen como atributos de la persona garantizados por el orden constitucional,

y se convierten en exigibles por ella, respecto de todos los órganos y autoridades estatales y todos los particulares<sup>1</sup>.

Para lograr esto el Estado necesita configurar un sistema de protección que integre las normas internacionales con las constitucionales al momento de establecer el contenido de los DF, delimitar su alcance máximo y establecer límites.

Al realizar esta tarea, una parte de la doctrina considera que es posible la aparición de conflictos entre los derechos protegidos, lo que podría resultar inevitable cuando una conducta amparada dentro de la delimitación o configuración de un derecho a la vez se convierte en una intromisión en la esfera de protección de otro derecho.

El tema de la delimitación y la imposición de restricciones o límites a los DF constituyen un debate que sigue vigente. Este debate se centra principalmente en determinar la forma de delimitar los derechos fundamentales, si los límites o restricciones forman parte del contenido del DF, o si, por el contrario, establecer límites o restricciones ayuda a definir ese contenido esencial que se debe proteger.

La primera cuestión es la existencia de diversas expresiones que, utilizadas indistintamente, pueden llevar a confusión. Con ello, me refiero al uso de las siguientes expresiones: "límites", "limitaciones", "restricciones", "delimitación", "configuración".

La falta de precisión adecuada de lo que cada una de estas expresiones significa ha llevado a Díez-Picazo a afirmar: "puede inducir a confusión sobre quién está legitimado a imponer topes a quién; es decir, puede llevar a poner en un mismo plano la simple posibilidad de que, siempre que concurren ciertas condiciones, la ley limite los

---

1. Al respecto Nogueira afirma que: "Es un punto pacífico hoy la naturaleza de derechos subjetivos de los derechos constitucionales no sólo en cuanto otorgan a la persona una facultad como asimismo un status jurídico en un ámbito de la existencia. Sin embargo, los derechos constitucionales poseen también una significación objetiva, son como lo sostiene Schneider, la conditio sine qua non del Estado constitucional democrático, ya que no pueden dejar de ser pensados sin que corra un riesgo inminente el Estado constitucional contemporáneo. Así hoy se admite que los derechos cumplen también funciones estructurales de gran importancia para los principios conformadores de la Constitución". Cfr. NOGUEIRA ALCALA, Humberto. (2005). "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", en *Ius et Praxis*, v. 11, N° 2, Talca, pp. 15-64..

derechos fundamentales y la irrenunciable función constitucional de éstos últimos como barrera frente a la decisión legislativa por mayorías". Así, este autor, escoge referirse a "delimitación" como las intervenciones que complementan la indeterminación del texto constitucional para fijar hasta dónde llega un derecho. Denomina como "restricciones" a cualquier medida, de alcance general o particular, destinada a reducir el ámbito de aplicabilidad de un derecho<sup>2</sup>.

Por el contrario, Muñoz Arnau considera que la expresión "límite" se refiere a la actividad delimitadora, pues para él, delimitar es establecer límites. En cambio, usa la expresión "limitación" para referirse a la restricción o impedimento. En su opinión, esta es la forma de diferenciar lo que cada una de estas expresiones implica, pues, para este autor, no hay otra manera de "discernir, en cada caso concreto, lo que quizás es presentado como *límite* y no es más que *limitación*"<sup>3</sup>.

Partiendo de la idea de que los DF son atributos inherentes a la dignidad humana, y que constituyen deberes que el Estado tiene para con la persona, necesitan una expresión jurídica que haga su protección y ejercicio posible y efectivo.

La realización de los DF no proviene solamente de las normas sino de su ejercicio y defensa. En este sentido, es importante establecer el ámbito de su existencia, identificar la delimitación de su contenido, las restricciones o limitaciones que se pueden imponer sin desproteger el contenido esencial del DF; y sin "invadir" otros derechos. Todo ello, a fin de establecer los parámetros dentro de los cuáles puede accionar el poder público<sup>4</sup>.

Por ello, en este ensayo se asume la expresión delimitación para referirse a la definición del contenido o del establecimiento de los "contornos" o "fronteras" de los DF; y las expresiones limitación, límites o restricciones para referirse a las medidas legales adoptadas de forma general o específica

que intervienen en el ámbito de aplicación de un derecho fundamental.

En este contexto, resulta acertado hacer un breve análisis, en primer lugar, sobre el concepto de delimitación (1) para, en segundo lugar, determinar que el contenido esencial de un DF constituye el límite de los límites a la actividad estatal (2), debido a que es una suerte de "huella digital" que identifica a cada derecho fundamental(3).

## 1. DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La expresión delimitación implica la definición y extensión jurídica de un derecho fundamental, lo que se traduce en determinar las facultades que se deben proteger. Así, de manera general, la delimitación de un DF comprende tres elementos. Uno subjetivo, que determina los sujetos activos y subjetivos de la protección. Otro objetivo, que indica el conjunto de facultades o ámbito de inviolabilidad otorgado a los titulares. Y, finalmente, el elemento formal, que establece las garantías de protección del DF<sup>5</sup>.

En este sentido, delimitar significa dotar de contenido jurídico un ámbito de la realidad que requiere una protección *iusfundamental*. Es el reconocimiento que hace el Derecho de las facultades que pueden ser ejercidas dentro del ámbito máximo de extensión de la protección brindada al DF. A fin de lograr una protección más real y efectiva es necesario que su delimitación contemple un ámbito de extensión amplio, no restrictivo, que incluya las diferentes expresiones y atributos de cada derecho fundamental.

Existen diversas teorías que difieren en cuanto al contenido de la delimitación que se debe dar a los derechos fundamentales. Desde la universalización de éstos, gracias a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), se podría afirmar que, de alguna forma, se han fusionado todos los principios de estas teorías<sup>6</sup>-tomando lo mejor de cada una de ellas-

2. DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Luis María, (2008), *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, p. 115.

3. MUÑOZ ARNAU, Juan André (1998). *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Aranzadi, Pamplona, pp. 21 - 22.

4. Al respecto Campo opina que es importante establecer el ámbito de existencia de los derechos, identificar los contornos de unos derechos y otros, para determinar el alcance de vinculación de los poderes públicos. Cfr. CAMPO JIMENEZ, Javier (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, p. 36.

5. Cfr. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, (2000). *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 35-36.

6. La breve descripción de las teorías sobre los derechos fundamentales que se incluye en las siguientes notas explicativas han sido hechas en base a la clasificación hecha por Ernst Böckenförde. Cfr. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, (2000); *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre*

equilibrando los "excesos" o "déficits" de los cuáles éstas han sido objeto de críticas.

Actualmente, no queda duda de que los Estados han reconocidos los DF como derechos anteriores al Estado que conceden amplias libertades al individuo (teoría liberal<sup>7</sup>); no obstante, se reconoce que no son ilimitados, pues su regulación debe equilibrar los intereses individuales con los colectivos (teoría institucional<sup>8</sup>) sin dar mayor preferencia a uno u otro. Asimismo, se ha reconocido la existencia y el deber de protección de la dimensión social, económica y cultural de los DF (teoría del Estado social<sup>9</sup>). Este reconocimiento proclama el consenso de valores comunes (teoría axiológica<sup>10</sup>) que identifican a toda la comunidad internacional y que no han sido concebidos como pasajeros, sino con la intención de que perduren, a fin de garantizar una convivencia pacífica. Este ideal se concibe posible dentro de un Estado de Derecho democrático (teoría democrática funcional<sup>11</sup>), dónde los DF no constituyen el

medio para establecer la democracia, sino que se conciben como el objetivo último de un sistema democrático, es decir que la democracia se convierte en el medio idóneo para lograr su protección efectiva<sup>12</sup>.

En este debate sobre la delimitación de los DF, las teorías resumidas y la doctrina coinciden en que su naturaleza es normativa y que corresponde al legislador determinar el contenido de estos derechos. Entonces, cabe preguntarse: ¿a quién corresponde a nivel supranacional delimitar los DF?

La respuesta es sencilla, dicha tarea corresponde a los Estados. Los tratados sobre derechos humanos adoptados por éstos enuncian los derechos fundamentales asegurados, los delimitan, determinando sus atributos, el contenido esencial, los elementos subjetivos y objetivos que los identifican; así como los límites ordinarios y extraordinarios que se pueden imponer. Así, se logra el consenso de diferentes intereses y valores en expresiones jurídicas concretas que, en última instancia, constituyen el consenso de los diferentes sistemas jurídicos existentes.

A través de los enunciados del tratado se pueden precisar los atributos de los DF y las situaciones de hecho no protegidos por el Derecho. El grado de apertura de estos enunciados sobre DF determinan situaciones jurídicas denominadas *prima facie*; es decir, que estamos frente a derechos asegurados y garantizados por consenso universal, cuyo alcance no está previsto o precisado de modo definitivo, pues deja al Derecho interno la tarea de incorporar tales derechos en su ordenamiento constitucional e irradiarlos en toda la normativa que conforma el Sistema jurídico de un Estado.

Lo expuesto, puede mostrarse a través de un ejemplo, la regulación del derecho a la vida.

---

particulares: la buena fe, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 39 – 50.

7. La teoría liberal, expuesta por Carl Schmitt, reconoce a los DF como anteriores y superiores al Estado, por lo que éste debe reconocerlos y protegerlos. Según esta teoría las libertades del individuo son ilimitadas y, en razón de ello, las facultades del Estado son limitadas. Es decir que, se desconocería la obligación que tiene el Estado de intervenir para asegurar la garantía de los derechos no solo de forma individual sino social.

8. Para la teoría institucional, propuesta por Häberle, los DF tienen un doble carácter: individual e institucional. Los DF se realizan en la realidad social a través de las normas que constituyen su expresión objetiva, sin que sea prioritario que estas normas sean constitucionales, ya que se reconoce que el legislador tiene función conformadora de los DF. La crítica a esta teoría se basa en el descuido a la vertiente individual de los DF, pues el predominio del aspecto institucional puede opacar el efecto limitador de las normas. Asimismo, se debe evitar desbordar la función legislativa por encima de la Constitución.

9. Desde la teoría de los DF en el Estado social, se los considera como atributos que necesitan de prestaciones sociales. Esta vertiente social exige para su realización la actividad conformadora del legislador para dotarlos de contenido. Esta teoría implica una serie de condicionamientos, pues la obtención de prestaciones sociales para los DF se ve muchas veces obstaculizada por temas económicos, escasez de recursos, deficiente distribución de los mismos, desarrollo de políticas públicas; todo lo cual hace muy difícil su reclamo jurisdiccional.

10. Desde el punto de vista de la teoría axiológica, los DF adquieren el carácter de normas objetivas que regulan y reflejan un sistema de valores culturales que integran una comunidad estatal como expresión de una decisión axiológica que dicha comunidad adopta para desarrollarse. La crítica a dicha teoría se debe a la exposición que hace del Derecho a las corrientes valorativas de una época determinada, considerando que se asume que los valores estarían sujetos a un continuo proceso de configuración social. Del mismo modo, se debe tener en cuenta el rol que juega el Estado para establecer lo que se considera valioso.

11. Respecto a la teoría democrática funcional de los DF, el ejercicio de estos derechos se convierte en un medio para lograr

---

el establecimiento de un sistema democrático. La crítica a dicha teoría se basa en la funcionalización que se atribuye a los DF, desnaturalizando su ejercicio individual y voluntario para convertirse en un deber. Así, se olvida que los DF representan fines en sí mismos, y no constituyen medios para lograr principios ajenos a ellos.

12. Como lo ha expresado Ferrajoli, el apogeo de la democracia se manifiesta en "la expansión de los derechos fundamentales y sus garantías y a través de la ampliación del Estado de Derecho al mayor número de ámbitos de vida y esferas de poder, de modo que también en ellos se tutelén y se vean satisfechos los derechos fundamentales de las personas". FERRAJOLI, Luigi, (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, p. 934.

Así, se tiene que en el artículo 3 de la DUDH<sup>13</sup> se consagra: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” El artículo 6, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.” El artículo 2, inciso 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) señala: “El derecho de toda persona a la vida queda protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida intencionadamente, salvo en la ejecución de una condena a la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.” Y el artículo 4, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) estipula: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

En este caso, se enuncia un DF sin que se haga una descripción completa de lo que debe ser el contenido del derecho a la vida, se deja, un ámbito amplio de extensión que puede ser regulado a nivel del Derecho interno, o interpretado por los tribunales supranacionales y nacionales. Vale decir que, se trata de un enunciado “abierto” que deja habilitada la opción de ampliar la delimitación de este derecho.

Si se toma como otro ejemplo el derecho a la libertad de expresión, se tiene que el artículo 19 de la DUDH consagra: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.” El artículo 19, inciso 2 del PIDCP establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por

cualquier otro procedimiento de su elección.” El artículo 10, inciso 1 del CEDH señala: Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.” Y el artículo 13, inciso 1 de la CADH estipula: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

Se puede ver que estos enunciados incluyen una delimitación más concreta del derecho; pues, describen sus atributos, las acciones que puede implicar y los medios de ejercerlo. Si bien es cierto, la delimitación aparece más precisa; no obstante, no implica que se trate de un enunciado “cerrado” que no permita la ampliación de la delimitación de este derecho a través de la interpretación de un órgano supranacional, o de la regulación del Derecho interno y la interpretación de los jueces nacionales, con la justificación última de brindar una protección mayor y más efectiva.

A nivel del Derecho interno corresponde, en principio, a la Constitución enunciar y establecer las condiciones de delimitación de los DF. No obstante, para definir un DF no basta con recurrir solamente a los enunciados normativos, los cuales muchas veces pueden ser imprecisos, o indeterminados, pues, no siempre la Constitución establece la delimitación de los DF de forma indubitable.

En muchos casos las Constituciones nacionales remiten a una ulterior delimitación legal, a cargo del legislador nacional<sup>14</sup>. Es en esta cuestión en la que se centra el debate constitucional: hasta dónde puede llegar el alcance del legislador en la

13. Su texto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948. Es uno de los instrumentos internacionales que conforman la Carta Internacional de Derechos Humanos, que comprende además el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos.

14. Teniendo en cuenta que se considera a la Constitución un Derecho de mínimos. En este sentido, no pretende regular todos y cada uno de los ámbitos en que se desarrolla la vida de los derechos fundamentales. Cfr. JIMENEZ CAMPO, Javier, (1993). “El legislador de los derechos fundamentales”, en VVAA: Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto. Universidad de Oviedo. Oviedo, p. 480.

delimitación de los DF y a través de qué tipos de normas puede realizar esta tarea<sup>15</sup>.

Esta cuestión se puede responder teniendo en cuenta los principios que gobiernan el Derecho constitucional. La Constitución establece los parámetros de acción en los que se desenvuelven los poderes públicos. En base a ello, corresponde a la Constitución determinar el marco dentro del cual debe desempeñar su labor el legislador nacional. Vale decir, que éste no puede ir más allá de lo que le impone la Constitución.

En este sentido, son necesarias las leyes de desarrollo constitucional, que definan o completen los atributos del derecho que se quiere proteger, para asegurar el contenido y disfrute efectivo de los derechos fundamentales. Al respecto, cabe preguntarse, en esta labor delimitadora ¿de dónde extraerá el legislador los atributos que incluirá en dicha delimitación de los DF?

Una vez más, la respuesta es sencilla. Debe, en primer lugar, tener en cuenta los parámetros de delimitación de derechos contenidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado sobre la protección de estos derechos. Del mismo modo, debe recurrir a los estándares jurisprudenciales establecidos al respecto por el Tribunal supranacional que vincule a su Estado. Y, por supuesto, la doctrina y todo otro medio que desarrolle y enriquezca la definición<sup>16</sup> del ámbito de las situaciones *iusfundamentales* que sea necesario proteger.

En el desarrollo de esta labor, es necesario tener en cuenta que a nivel del Derecho interno se deben implementar las disposiciones y obligaciones contenidas en los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado. Lo cual quiere decir que, en el Derecho interno, ya sea a través de la Constitución o de las leyes de desarrollo constitucional se debe implementar

15 Al respecto Diez-Picazo afirma: "Ni que decir tiene que, cuando el resultado de la intervención legislativa es de ampliación del derecho regulado, no se plantean grandes problemas constitucionales, la incertidumbre aparece, precisamente, cuando el resultado de la intervención legislativa es de restricción de los derechos fundamentales". DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Luis María, (2008), *Sistema de derechos fundamentales*, Pamplona: Aranzadi, p. 115.

16. Por ejemplo, el trabajo de los Comités creados por los tratados, como la Comisión de derechos humanos, el comité de derechos económicos, sociales y culturales, el cual se traduce en documentos denominados observaciones generales.

la delimitación contenida en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado.

En este contexto, tal como ha sido afirmado, tanto a nivel del Derecho internacional como del Derecho interno, los derechos reconocidos y garantizados se encuentran delimitados a través de enunciados que no son definitivos, que son "abiertos"; por lo que es necesario que se desarrollen las disposiciones jurídicas pertinentes que contengan el objeto material de los derechos fundamentales, en términos que consoliden una colaboración activa y auténtica entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho interno<sup>17</sup>.

Así, la norma constitucional y todas las leyes que conformen el sistema de protección de derechos fundamentales a nivel interno<sup>18</sup>, pueden ampliar el ámbito de delimitación de dichos derechos, extendiendo la protección a otros atributos que merezcan ser protegidos, lo que no es posible, es disminuir el ámbito delimitado para cada DF en dichos instrumentos.

En resumen, hablar de delimitación de los DF implica determinar el ámbito máximo de extensión de las conductas que gozan de una protección *iusfundamental*. Esta protección debe brindarse con una perspectiva de mantener a los derechos "vivos", es decir que, pese al transcurso del tiempo y de los cambios sociales inevitables, el derecho no debe quedar desamparado;

17.A propósito de esta relación entre el Derecho interno y el internacional, Antônio Cançado Trindade enfatiza: "descartada la compartimentalización, teórica y estática, de la doctrina clásica, entre el derecho internacional y el derecho interno, hoy día, con la interacción dinámica entre uno y otro en el presente dominio de protección, es el propio Derecho que se enriquece -y justifica- en la medida en que se cumple su misión última de hacer justicia. En el presente contexto, el derecho internacional y el derecho interno interactúan y se auxilian mutuamente en el proceso de expansión y fortalecimiento del derecho de protección del ser humano. En este umbral del siglo XXI, es alentador constatar que el derecho internacional y el derecho interno al fin caminan juntos y apuntan en la misma dirección, coincidiendo en el propósito básico y último de la protección del ser humano en todas y cualesquiera circunstancias". CANÇADO TRINDADE, Antonio, (2006). *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, p. 315.

18. Se debe recordar que las principales obligaciones que asume el Estado al ratificar un tratado de derechos humanos es derogar todas las normas que sean incompatibles con las obligaciones de protección de los derechos y adoptar conforme a sus disposiciones constitucionales todas las disposiciones legislativas que sean necesarias a fin de garantizar la protección efectiva de los derechos reconocidos en dichos instrumentos. Al respecto ver: artículo 2 del PIDCP; artículo 2 del PIDESC; artículo 1 del CEDH; artículos y 2 de la CADH.

por el contrario, su ámbito debe expandirse y mantenerse en actualización constante<sup>19</sup>, sin que el poder público traspase la barrera del respeto a la “esencia” de cada derecho.

## 2. EL LÍMITE DE LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL

Referirse a la tarea que tiene el Estado de delimitar y de imponer ciertas restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales, lleva inevitablemente a pensar en la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, vale decir a pensar en la esencia de tales derechos, y cómo se podría ver afectada si esta labor traspasa la barrera del respeto a la “esencia” de cada derecho.

En este contexto, se hace una breve revisión de la posición doctrinaria sobre el contenido esencial (a), para luego analizar cómo se determina el alcance de dicho contenido, a través de las Teorías relativa y absoluta (b), y finalmente exponer la postura ecléctica asumida (c).

### Una breve reseña sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales

El origen del respeto hacia el contenido esencial de un derecho fundamental aparece regulado por primera vez a nivel constitucional en el artículo 19.2 de la Constitución alemana de 1949<sup>20</sup>. No obstante, en la doctrina alemana

anterior a la adopción de dicha Constitución se encuentran algunas referencias<sup>21</sup>, tales como la efectuada por Jellinek: “¿Para qué sirve (...) que la primera frase de un precepto relativo a un derecho fundamental proclame solemnemente un derecho, si una segunda frase admite restricciones por medio de ley?”. Así, refiriéndose a la imposición de límites a la reserva de ley que debe derivar de la Constitución, este autor expresó que “Si la Constitución admite restricciones de un derecho fundamental por medio de la ley, la ley debe dejar inalterado el derecho fundamental en su núcleo”.

En el mismo sentido, Stern señala que esta garantía surge ante el peligro de vaciamiento de los derechos fundamentales a causa de las diversas reservas legales establecidas por la Constitución de Weimar, siendo “la abusiva limitación y suspensión” de los mismos en la época nacionalsocialista la causa que determinó el aseguramiento de estos derechos.

Como se puede apreciar la justificación de la existencia o reconocimiento del contenido esencial de un derecho fundamental aparece establecido de forma constitucional para imponer un límite al poder regulador del legislador, a fin de que dicho poder no resulte arbitrario al momento de delimitar e imponer restricciones a dichos derechos. Posteriormente a la Constitución alemana de 1949, la regulación de dicha garantía se extendió a diversas Constituciones en el mundo.

En este contexto, García<sup>22</sup> expresa que “la determinación del contenido esencial significa la determinación de un contenido material sustraído

19. Al respecto, desde un enfoque constitucional Ana Aba Catoira afirma que “se requiere una labor creadora capaz de actualizar el mensaje que los derechos fundamentales llevan dentro”. Cfr. ABA CATOIRA, Ana, (1999). *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 49.

20. HÄBERLE, Peter, (2003), *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, p. LXVII. “La necesidad de la reconstitución de la vida social y política, tras la experiencia europea, saldada con la última guerra mundial, sobre bases y valores que impidiesen su degradación hacia totalitarismos estatistas, necesidad que condujo a los constituyentes germano-occidentales de 1949 a la búsqueda de técnicas constitucionales capaces de hacer al propio texto constitucional resistente frente al destino propio de todo texto normativo: su disponibilidad por el propio legislador competente, según el sistema de producción normativa”. Cfr. 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”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p. 169. “(...) la garantía del contenido esencial es una reacción frente a la vulneración de los derechos humanos durante el régimen nacionalsocialista, algo que podría predicarse de numerosas innovaciones que se

encuentran en la Ley Fundamental (...) o tiene esto algo que ver con las típicas discusiones alemanas que tratan de determinar la esencia y lo esencial.” Cfr. MICHAEL, Lothar, (2009). “¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?”, en *Revista de Derecho constitucional europeo*, nº 11, Junta de Andalucía: Instituto Andaluz de Administración Pública, pp. 165 – 188.

21. Las referencias hechas sobre Jellinek y Stern han sido extraídas de: BRAGUE CAMAZANO, Joaquín, (2004). *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, p. 233.

22. En esta cita se hace eco de las ideas manifestadas por Miguel Ángel García Herrera en su artículo “Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española”, publicado en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* en 1979, la postura de Lorenzo aquí enunciada ha sido extraída de las referencias hechas a la misma en el siguiente artículo doctrinal: LÓPEZ RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena, (1996). “El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento jurisprudencial constitucional”, en *Anales de la Facultad de Derecho* nº 13, La Laguna: Universidad de La Laguna, pp. 41 – 76, ver en específico pp. 65 – 66.

al poder para, al establecer este núcleo intangible, eliminar todas las posibilidades que, amparadas en la legislación, pudieran atentar ya no sólo contra derechos fundamentales singulares, sino contra el conjunto de los mismos a través de la violación de uno de ellos". Para este autor, "el contenido esencial se extrae de la conexión con los principios materiales del ordenamiento jurídico y de la funcionalización de los derechos respecto a la dignidad humana. Por lo que señala que no cabe, en consecuencia, una precisión singular caso por caso sin tener en cuenta el conjunto constitucional y los valores que le animan a fin de que sobreviva el mínimo común denominador que caracteriza las relaciones individuo-sociedad-poder".

Ahora bien, García considera que el fundamento de la existencia de un contenido esencial de los derechos fundamentales se encuentra en la dignidad humana, la que se constituye como parámetro dentro del cual debe actuar la legislación. Resulta interesante que este autor se refiera a la violación de los derechos fundamentales, debido a leyes que atenten contra el contenido esencial. Asimismo, es interesante su visión colectiva e individual de los derechos fundamentales, pues considera que la violación individual de uno de ellos atenta contra todos los derechos de forma colectiva.

Si bien es cierto, concuerdo con su propuesta de que el contenido esencial debe extraerse del conjunto de valores que inspiran un sistema jurídico, basados en la dignidad humana; no obstante, discrepo que se tenga en cuenta como contenido esencial solamente un mínimo común a cada derecho, siendo este mínimo común la dignidad humana.

Es cierto que, la protección de los derechos fundamentales se funda en el reconocimiento de la dignidad humana como valor superior que debe inspirar la regulación jurídica de los mismos, y esta forma parte del contenido esencial que justifica la protección de cada derecho. Pese a ello, es necesario tener presente que cada derecho fundamental tiene características específicas que lo convierten en el derecho que es, en único y diferente de otros derechos; por lo que es necesario determinar el contenido esencial para cada derecho, más allá de que la protección de cada uno tenga como fundamento la protección de la dignidad humana.

En la misma línea de pensamiento, Fernández<sup>23</sup> señala que "la garantía del contenido esencial del derecho (...) supone (...) la existencia de una barrera insalvable por el propio legislador, que protege un núcleo inmediatamente constitucional y, por lo mismo, irreductible del derecho, que en modo alguno puede ser limitado".

Del mismo modo, Prieto manifiesta que determinar el contenido esencial "no es una tarea sencilla, pues se trata de un contenido indeterminado, y además que cada derecho encierra su propio núcleo de esencialidad"; por lo que afirma que, "no existe un contenido esencial de la categoría derechos fundamentales, o al menos, no resulta jurídicamente operativo"<sup>24</sup>.

Los autores antes citados manifiestan la visión de que el contenido esencial está determinado en principio por la Constitución. En este sentido, el legislador no establece dicho contenido, sino que, le corresponde solamente regular su ejercicio; por lo que, el contenido esencial resulta intangible ante cualquier limitación impuesta por el legislador en su labor de regulación del ejercicio de un derecho fundamental. Asimismo, concuerdo en que, ante la indeterminación o vaguedad de las normas constitucionales, la labor interpretadora es sumamente importante, no como creadora de normas, sino como una herramienta eficaz para determinar el alcance del contenido esencial de un derecho fundamental.

En resumen, los autores citados coinciden en que la existencia de un contenido esencial de los derechos fundamentales tiene como fundamento constituir un límite ante el legislador; lo cual, ya sea aceptado o criticado, representa una concepción generalizada. Asimismo, coinciden en que la justificación de su existencia tiene base en la dignidad humana. Lo cual tiene sentido, pues el reconocimiento de la protección de los DF se basa en la dignidad humana; por ello, cada derecho existe para proteger esa dignidad a través de características específicas que le otorgan a cada uno su esencia.

23. Aquí hace referencia al artículo de Francisco Fernández Segado, (1994), "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional", publicado en la Revista Brasileña Revista de Informação Legislativa, ver artículo de Lorenzo, p. 69.

24. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, (1990). Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid: Debate, p. 142.

Ahora bien, se puede, entonces, afirmar que el contenido esencial es la búsqueda del reconocimiento jurídico de un contenido básico intangible, de un derecho fundamental que constituye una barrera para el accionar de los Estados.

Hablar del contenido esencial, supone referirse a la esencia de los derechos fundamentales<sup>25</sup>, significa que dicho contenido tiene un valor intrínseco para cada derecho, que contiene elementos esenciales para la existencia misma de ese derecho como derecho fundamental<sup>26</sup>. Se trata de una “clave” absoluta, inalienable y universal que constituye un “núcleo irrenunciable” que es la *raison d’être* recogida en una norma legal básica esencial para su definición<sup>27</sup>. Este núcleo esencial es su característica más básica que no necesita más explicación que justificar su existencia<sup>28</sup>.

La aceptación de que existe un contenido esencial de los derechos fundamentales constituye un límite de los límites a la actividad legislativa del Estado. Toda vez que, esté al momento de delimitar los derechos, es decir de determinar su contenido e imponer limitaciones debe cumplir ciertos requisitos que provienen de las obligaciones asumidas en virtud de los tratados de derechos humanos ratificados y de las estipulaciones constitucionales. En definitiva, tienen que considerar un límite superior e intangible que se traduce en que ninguna regulación del contenido o restricción a tales derechos puede afectar su contenido esencial.

No obstante, no se ha resuelto el planteamiento de cómo determinar dicho contenido; por ello, a continuación se expondrán algunas teorías que proponen una forma de establecer lo que significa el contenido esencial de un derecho fundamental.

### Determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales: entre la Teoría relativa y la Teoría absoluta

Respecto al debate sobre la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, existen dos posiciones doctrinales: la *Teoría relativa* y la *Teoría absoluta*. A través de estas teorías se ha tratado de explicar o determinar el alcance del contenido esencial de un derecho fundamental.

Por un lado, ante la existencia de un conflicto surgido entre un derecho y otros derechos y bienes que gozan de protección, la *Teoría relativa*<sup>29</sup> postula la protección óptima del DF, que no se basa solamente en la protección del denominado núcleo duro o esencial, sino que comprende el derecho en toda su extensión.

En este sentido, dicha *Teoría* se apoya en el principio de proporcionalidad, pues considera que a través de la ponderación de un derecho con otros se determina el contenido esencial de un DF. Al realizar el proceso de determinación del contenido esencial por medio de la ponderación, se defiende la comprensión del sentido y finalidad de una norma que enuncia un DF en el marco de la comprensión de la totalidad de la Constitución.

Desde el punto de vista de esta *Teoría*, el contenido esencial está constituido por lo que queda después de la ponderación de los derechos con otros bienes jurídicos constitucionales. De este modo, se protege el derecho en toda su extensión, es decir, el contenido total del derecho, a través de un equilibrio entre los derechos de las personas y los intereses de la sociedad (bien común).

En este contexto, respecto a las limitaciones o restricciones a los DF, la *Teoría relativa* señala que el contenido esencial se limitaría a exigir que cualquier restricción efectuada sobre un DF esté suficientemente justificada, para lo cual aplica el test de proporcionalidad. Vale decir que, la garantía del contenido esencial no supondría una

25. YOUNG, Katharine, (2008). “The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content” en *The Yale Journal of International Law*, Vol. 33, pp. 113 - 175.

26. COOMANS, Fons, (2002). “In Search of the Core Content of the Right to Education”, in: A. CHAPMAN & S. RUSSELL (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp, Intersentia, pp. 217-246, at 166-67.

27. ÖRÜCÜ, Esin, (1986). “The Core of Rights and Freedoms: The Limits of Limits”, en CAMPBELL, Tom. *Human rights: from rhetoric to reality*, Oxford: Basic Blackwell, Oxford, pp. 37 - 59.

28. Waldron, Jeremy ,(1993) .“A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies* n° 13, pp. 18 - 51, ver en específico pp. 18, 21.

29. Se hace una breve exposición de esta Teoría teniendo como referencia a lo planteado por Naranjo, Martínez y De Domingo, Cfr. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, (2000). *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p.140 - 142. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, (2011). *DE DOMINGO, Tomás. Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Granada: Comares, p. 33, 50 - 51.

protección adicional al respeto del principio de proporcionalidad.

La crítica principal que recibe esta *Teoría* se centra en la concepción variable de lo que se entiende por contenido esencial, debido a que su interpretación resulta relativa sobre dicho contenido; lo que ofrece dudas sobre la seguridad jurídica del ámbito de protección de un derecho fundamental. Ello, debido a que incluye otros principios como el de proporcionalidad, para la determinación del alcance del contenido esencial de un DF. En este sentido, si las medidas que imponen limitaciones son proporcionadas al fin perseguido, no se vulneraría el contenido esencial; mientras que la afectación de dicho contenido sí sería posible si se vulnera el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, aplicando esta *Teoría*, se tendría que, en cada caso concreto, realizar primero la ponderación de los derechos en conflicto a fin de determinar si una restricción es proporcionada, con lo cual, el resultado podría ser que el contenido esencial de un mismo derecho se volviera indeterminable; vale decir que, en cada caso el contenido esencial podría resultar diferente cada vez, teniendo en cuenta que al realizar una ponderación el resultado no es siempre el mismo; por el contrario puede variar, según las circunstancias concretas de cada caso.

Esto ha llevado a Prieto<sup>30</sup> a afirmar que, el contenido esencial de los derechos, constituye en la teoría relativa, no sólo un "concepto indeterminado, sino más bien un concepto impredecible", que podría llevar a vaciar de sentido el contenido esencial de un derecho fundamental, porque dicho contenido quedaría reducido a la parte del derecho que aún subsiste una vez aplicada la limitación justificada o legítima. Ello podría implicar que se sacrifique por completo un derecho en caso de conflicto con un bien constitucional, si así se logra preservar su protección.

Del mismo modo, Martínez y De Domingo señalan que desde la perspectiva de la *Teoría relativa* no estaría clara la función que cumple la garantía del contenido esencial; pues parecería lógico que, incluso en ausencia de dicha cláusula, cualquier restricción de

30. PRIETO SANCHÍS, Luis, (2000). "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", en *Revista Derechos y Libertades* n° 8, Universidad Carlos III, Madrid: *Boletín Oficial del Estado*, pp. 429 - 468, en específico ver pp. 438 - 439.

un DF requiera una especial justificación. Por lo que, sería posible admitir que, en determinadas circunstancias, existan bienes de tal importancia que su protección justifique la completa restricción de los DF<sup>31</sup>.

Así pues, se estaría olvidando que la Constitución al enunciar los derechos determina intereses básicos que son objeto de protección, que no sólo es un listado o catálogo vacío de derechos. Además, se dejaría de lado la labor de configuración o delimitación de los derechos que tiene el legislador; pues el contenido esencial del derecho se determinaría solamente a través de la ponderación.

Por otro lado, la *Teoría absoluta*<sup>32</sup> defiende que los DF se caracterizan por estar formados de una esfera permanente que nunca es restringible, a la que se denomina contenido esencial. Para esta *Teoría* cada derecho fundamental tiene un "núcleo duro", denominado contenido esencial; y una parte accesorio o no esencial. Sobre la parte denominada contenido esencial, es imposible imponer restricciones. Respecto a la segunda parte de contenido accesorio o no esencial sí sería posible establecerlas, a condición de que se respete el principio de proporcionalidad.

La crítica principal que se hace a la *teoría absoluta*, según Martínez, se centra en la división en dos partes del derecho fundamental. La misma que, en su opinión, resulta artificial y técnicamente insostenible, teniendo en cuenta que la Constitución reconoce los derechos fundamentales en su integridad. Por lo que, para este autor, el parámetro de constitucionalidad de las disposiciones legislativas lo constituiría tan sólo una parte de la norma constitucional en la que se reconoce el derecho, y no la totalidad de esta<sup>33</sup>.

31. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, (2011). *DE DOMINGO, Tomás. Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Granada: Comares, p. 33.

32. *Se hace una breve exposición de esta Teoría teniendo como referencia a lo planteado por Naranjo, Martínez y De Domingo, Cfr. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, (2000). Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p.142 - 146. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, (2011). *DE DOMINGO, Tomás. Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Granada: Comares, pp. 34 - 38.

33. Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, (1997). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: CEC, p. 31. En el mismo sentido Cfr. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. La

En el mismo sentido, en la investigación conjunta realizada por Martínez y De Domingo, se vuelve a reiterar que la división de los derechos fundamentales que propone la *Teoría absoluta* resulta claramente inadecuada, debido principalmente a una incorrecta comprensión del concepto y la estructura de estos derechos. Pues, para los autores el contenido esencial de los derechos fundamentales equivale al “contenido sin más”<sup>34</sup>.

Al respecto, Parejo opina que, “contenido esencial” no puede ser equivalente a mero “contenido” de los derechos subjetivos públicos”, debido a que la diferencia radica precisamente en la “esencialidad”. A la que define como “aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal, tanto en su aspecto interno (haz de facultades) como en su aspecto externo (protección de que goza), que puede considerarse constitutiva del contenido esencial”. Lo que puede traducirse, en palabras del autor, “como las características determinantes del contenido del derecho cuya desaparición determinaría *per se* una transmutación de este, que dejaría de ser lo que era para pasar a ser algo distinto”<sup>35</sup>.

Concuerdo con la postura de Martínez y De Domingo, en el sentido de que un DF no tiene dos partes divididas en una intangible y otra tangible o de libre disposición. Pese a ello, discrepo cuando expresan que el contenido esencial es el contenido total de un DF.

---

garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 271 - 272. Asimismo, Prieto señala que “la distinción entre lo esencial y lo accidental no deja de ser un tanto artificial y arbitraria”. PRIETO SANCHÍS, Luis, (2002). “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Revista Pensamiento Constitucional* N° 8, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 61 - 102, en específico ver pp. 72.

34. Los autores toman esta denominación de lo expresado por De Otto en “La regulación de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución” en la obra titulada *Derechos fundamentales y Constitución*. Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, (2011). *DE DOMINGO, Tomás. Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Granada: Comares, p. 53.

35. Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, (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: Centro de Estudios Constitucionales, p. 187.

En este sentido, tengo la misma opinión que Parejo, pues considero que el contenido de cada derecho es uno solo, indivisible; no obstante, estoy convencida de que cada derecho tiene una “esencia” que hace intangible solamente una parte del derecho, ya que todo el contenido del derecho no puede resultar intangible. En dicho caso, el legislador no tendría la más mínima facultad de configurar o delimitar los DF, y ante una intangibilidad tan absoluta –por llamarla de alguna manera– tampoco cabría la posibilidad de imponer restricciones, que si bien es cierto constituyen la excepción y no la regla, la posibilidad de imponerlas debe estar presente y regulada constitucionalmente.

Si se asume la posición de que el contenido esencial es el “contenido sin más”, en el sentido de contenido total del derecho fundamental que puede ser delimitado por la actividad legislativa del Estado sin que exista una parte intangible, ello significaría volver de alguna manera a la postura de la *Teoría relativa*, pues cada vez que sea necesaria una restricción, esta deberá analizarse a la luz de los requisitos impuestos constitucionalmente. Sin que exista un parámetro que permita medir que la restricción no desnaturalice, vacíe por completo, o vulnere un derecho fundamental para proteger otro.

En este contexto, para que la garantía del contenido esencial se convierta verdaderamente en un “límite del límite”, sin asumir una división del contenido del derecho fundamental, en un núcleo intangible y una periferia disponible, y evitar que esta pueda ser catalogada como innecesaria, es preciso entenderla como una protección adicional a la que viene implícita al reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales.

Según dicha protección, como bien lo afirma Prieto<sup>36</sup>, los derechos, al ser de naturaleza constitucional, son resistentes frente al legislador; por lo que, es obvio que la ley no puede vulnerarlos, sin necesidad de que lo disponga específicamente la norma constitucional, en virtud del principio de constitucionalidad. Por ello, asumir que la ley puede regular libremente la esfera del derecho considerada como no esencial,

---

36. PRIETO SANCHÍS, Luis, (2002). “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Revista Pensamiento Constitucional* N° 8, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 61 - 102, en específico ver p. 71.

implicaría aceptar que toda ley limitadora, de lo que este autor denomina "contenido adjetivo o periférico" debería reputarse legítima, aun cuando fuese arbitraria o no justificada. Lo que nos llevaría nuevamente a relativizar el contenido esencial de un derecho fundamental.

Entonces cabe plantearse cuál puede ser la fórmula que puede funcionar para que la garantía del contenido esencial no sea considerada innecesaria. En este sentido, sería preciso tener presente como alternativa una cooperación entre Constitución y ley, de tal manera que la primera "prefigura" el contenido y la segunda lo "configura". Así, el contenido esencial de los DF "no se identificaría con un centro intangible de los mismos, en cuanto opuesto a una periferia disponible para el legislador, sino que vendría dado por aquellas configuraciones de los derechos fundamentales que la ley no puede constitucionalmente adoptar"<sup>37</sup>.

Vale decir que, el contenido esencial de un derecho no tendría que ser delimitado a través del principio de proporcionalidad. Dicho principio, no le quitaría el protagonismo a la garantía del contenido esencial, debido a que desde la Constitución se impondría "un tope al legislador, que serían las convicciones jurídicas básicas imperantes en cada momento histórico las que establecerían lo que el legislador no puede hacer en materia de derechos fundamentales"<sup>38</sup>. Las mismas que deberían estar recogidas en la norma fundamental e irradiarse a todo el sistema jurídico.

No obstante, las críticas expuestas, se dan también argumentos a favor de la aplicación de la *Teoría absoluta*. Entre ellos, se cita lo expresado por Medina. Para quien la división en dos partes de los derechos fundamentales (esencial y accidental) ayuda en la labor de la identificación del derecho, en la determinación de las facultades relacionadas con el bien jurídico protegido por el derecho fundamental; las que pueden restringirse para defender otro derecho o bien constitucional sin desnaturalizarlos<sup>39</sup>.

Es decir que, para este autor, la determinación del alcance del contenido esencial implica identificar las características que constituyen un derecho fundamental como tal, las que se mantienen en la parte esencial; mientras que las restricciones se aplican en la denominada parte no esencial de un derecho, a fin de no alterar el contenido esencial del mismo y evitar con ello violar un derecho fundamental.

Para Prieto, a diferencia de Medina, utilizar esta *Teoría* para determinar el alcance del contenido esencial, no implica preservar "una parte" del derecho como esfera intocable, olvidándose de la "otra parte", porque sólo metafóricamente cabe hablar de "partes" en el contenido de un derecho. Así afirma que "de lo que se trata es de comprobar si al final de la regulación legislativa el derecho fundamental puede seguir siendo reconocible como perteneciente al tipo descrito en la Constitución según los criterios de significado de nuestro lenguaje y cultura jurídica"<sup>40</sup>.

Así, Prieto asume una posición favorable a la *Teoría absoluta*, en el sentido de que, deshecha los argumentos ponderativos, y reafirma que la cláusula de contenido esencial obliga (o debería obligar) a los jueces a pronunciarse sobre ella en todos los casos en que estuviera en juego un derecho fundamental. De esta manera, propone que, al emitir pronunciamiento, no se haga referencia al otro bien constitucional en pugna, que es lo que se hace al ponderar, sino hacia el derecho en sí mismo considerado, para determinar lo que queda del DF después de la regulación legislativa<sup>41</sup>.

Pues bien, considero, en la misma línea de razonamiento de los autores citados, que no se puede asumir una doble división de los derechos: un contenido esencial y otro accidental. Por supuesto que cada derecho fundamental tiene unas características, o naturaleza, que lo hacen único, que lo constituye en lo que es, sin las cuales no existiría como derecho fundamental. Ello no significa que, con la evolución social no se incorporen más conductas, que se amplíe el

37. Cfr. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, (2008). *Sistema de derechos fundamentales*, Pamplona: Aranzadi, p. 120.

38. *Ibidem*.

39. MEDINA GUERRERO, Manuel, (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw-Hill, p. 155 - 169.

40. PRIETO SANCHÍS, Luis, (2000). "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", en *Revista Derechos y Libertades* N°8, Universidad Carlos III, Madrid: Boletín Oficial del Estado, pp. 429 - 468, en específico ver pp. 440 - 441.

41. *Ibidem*.

contenido total de la protección que lo reconoce como derecho fundamental.

En este sentido, se seguirán manteniendo las características mínimas que lo constituyen como determinado derecho fundamental, pero se agregarán más conductas “protegibles”, las cuales podrán ser restringidas, a condición de que no se desnaturalice la esencia de cada derecho fundamental en dicho proceso.

A diferencia de la *Teoría relativa*, la *Teoría absoluta* no tiene como fundamento el uso del principio de proporcionalidad como medio ideal para la determinación del contenido esencial de un DF. Entonces, cabe plantearse cuál es el método idóneo al que se debe recurrir para determinar este contenido esencial. Una respuesta adecuada sería recurrir a la interpretación, no en el sentido de interpretar lo que resulta de una ponderación previa, sino de realizar esta labor con el fin de determinar lo que caracteriza al derecho fundamental en sí mismo.

Así lo expresa Prieto, cuando afirma que parecería imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo que de esencial tiene un derecho fundamental. Por ello, en su opinión es en el momento del concreto enjuiciamiento cuándo se podrá determinar si aquello que se nos presenta como un derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo *iusfundamental* en cuestión. De este modo, para el autor, es en este momento en que el juez encuentra a su disposición “como parámetro de constitucionalidad un concepto abierto a múltiples concreciones, una noción susceptible de ser definida en cada supuesto atendiendo a los más heterogéneos principios jurídicos y valores sociales”<sup>42</sup>.

Del mismo modo, Gavara afirma que, la interpretación sería el método a través del cual se determina el contenido esencial. Debido a que dicho contenido es indisponible para el legislador y no está determinado por el texto constitucional. En su opinión este contenido se determina con certeza y seguridad jurídica a partir de la interpretación judicial. Así, señala que se tiene la

42. PRIETO SANCHÍS, Luis, (2002). “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Revista Pensamiento Constitucional* Nº 8, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 61 – 102, en específico ver p. 72.

posibilidad de utilizar criterios de interpretación extra contextuales o al margen de la Constitución para determinarlo. Por lo que, el autor considera que, el peligro se encuentra en que se atribuya un excesivo poder a los tribunales para controlar las leyes. De tal manera que, se produzca un alejamiento de la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, para acercarse más a la creación de dichas normas<sup>43</sup>.

### **a. Determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales: la Teoría mixta, una posible solución ecléctica**

Ahora bien, se han señalado las “deficiencias” que cada *Teoría* presenta; por lo que es pertinente plantearse si es posible una postura intermedia o mixta entre las dos *Teorías* reseñadas.

Al respecto, afirma Bernal que, los más significativos constitucionalistas españoles defienden lo que él denomina como una *Teoría mixta* del contenido esencial. La que puede ser resumida como: “los derechos fundamentales son vistos con el mismo esquema de la Teoría absoluta, es decir, como cuerpos que ocupan un lugar en el espacio, cuya sustancia se subdivide en un núcleo esencial y en una periferia”. No obstante, Bernal considera que, el matiz de esta Teoría radica en que “las intervenciones del Legislador en la periferia no están desvinculadas jurídicamente; dichas intervenciones son admisibles sólo si respetan el principio de proporcionalidad”. Según esta Teoría, la “zona periférica de todo derecho no estaría a disposición total del legislador; pues las intervenciones deben ser proporcionadas, justificadas por razones relevantes. Así, la zona periférica se distingue de la nuclear porque en esta no puede intervenir el legislador, sin importar si la intervención esté justificada o no, o de si cumplen con el requisito del principio de proporcionalidad<sup>44</sup>.”

43. 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: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 270 – 271. Al respecto, Bernal, haciendo una crítica al poder de control de las leyes efectuada por el Tribunal Constitucional Español, al cual denomina como exageradamente cognitivista, señala que “no existe un criterio intersubjetivo claro, para establecer en todos los casos si uno de los específicos intereses subjetivos protegidos por el derecho fundamental pertenece al núcleo o la periferia”. BERNAL PULIDO, Carlos, (2003). *El principio de proporcionalidad*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 410.

44. BERNAL PULIDO, Carlos, (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, p.420.

Como autores que tienen una visión ecléctica o mixta entre la *Teoría relativa* y la *Teoría absoluta*, se puede señalar a Parejo, Medina y Prieto. Por un lado, Prieto, aunque no acepta la división de los derechos fundamentales en una parte esencial y otra accidental; no obstante, reafirma el contenido esencial como una parte intocable del derecho fundamental, porque existe con anterioridad (postura de la *Teoría absoluta*); vale decir que, rechaza el uso del principio de proporcionalidad para la determinación del contenido esencial, pero lo acepta para analizar la legalidad de una restricción (postura de la *Teoría relativa*).

Por su parte Parejo<sup>45</sup>, al referirse a los límites que se deben imponer a fin de garantizar otros derechos fundamentales y bienes constitucionales señala que la garantía del contenido esencial sirve para preservar a favor de los derechos fundamentales una posición irreductible en la determinación de un derecho, en la que el núcleo esencial no debe ser afectado (postura de la *Teoría absoluta*). Por el contrario, la periferia si sería susceptible de sufrir restricciones, a condición de que estas respeten el principio de proporcionalidad (postura de la *Teoría relativa*).

En la misma línea de pensamiento, Medina<sup>46</sup> afirma que tanto la garantía del contenido esencial como el principio de proporcionalidad representan un "límite de los límites" en la protección de los derechos fundamentales, sólo que funcionan en etapas que son independientes una de la otra.

Así, este autor opina que, el principio de proporcionalidad sirve para controlar que la restricción sea proporcionada y que no se sacrifique injustamente un derecho en beneficio de otro (adecuación de la *Teoría relativa*). Al aplicar este principio no se deja sin efecto la garantía del contenido esencial, pues la restricción nunca debe llegar a afectar la parte esencial del derecho fundamental (postura de la *Teoría absoluta*), que constituye el fin por el cual

se ha conferido el derecho en primer lugar; lo que equivale a decir la intención del derecho, sin la cual quedaría completamente desvirtuado.

Con todo, Bernal encuentra una crítica a la *Teoría mixta*. Para este autor esta visión ecléctica de dos tesis que propugna esta *Teoría* se excluyen entre sí, "si ambas pretenden tener operatividad en un mismo proceso de interpretación, que "integra dos elementos en un solo concepto teórico, según el cual, el contenido de todo derecho fundamental se divide en dos partes: un contenido esencial, cuyas normas y posiciones valen de modo definitivo, y un contenido periférico, cuyas normas y posiciones tienen una validez *prima facie*, porque su validez definitiva puede ser desplazada por razones de mayor peso, que se deriven de otros derechos y que prevalezcan en la ponderación". En este sentido, afirma que, "la idea de que todo derecho fundamental tiene un núcleo esencial, en donde no caben restricciones, presupone una observación del derecho en abstracto y en solitario; y la idea de que las restricciones a un derecho fundamental son admisibles si son proporcionales a las exigencias que se derivan de otros derechos o bienes constitucionales, presupone una observación del derecho en concreto e implícito en el sistema de relaciones constitucionales"<sup>47</sup>.

En su crítica, el autor cuestiona que la *Teoría mixta* no tiene en cuenta que tanto el contenido esencial como el principio de proporcionalidad son irreconciliables desde el punto de vista metodológico. Así afirma que, la idea de que el derecho fundamental tiene un núcleo irreductible es completamente incompatible con la aplicación del principio de proporcionalidad, pues la única forma de que se integren sería asumir que el contenido esencial no es distinto a lo que resulta de la aplicación del principio de proporcionalidad<sup>48</sup>.

Ahora bien, no comparto la crítica de Bernal a la denominada *Teoría mixta*; pues considero que la existencia de un contenido esencial predeterminado no es incompatible con la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de restricciones a los derechos fundamentales.

45. PAREJO ALFONSO, Luciano, (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: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 182 -184.

46. MEDINA GUERRERO, Manuel, (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw-Hill, pp. 116 - 119, 147 - 156.

47. BERNAL PULIDO, Carlos, (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, p.420.

48. *Ibid*, p. 426.

En este contexto, a diferencia de lo que propugna Bernal, opino que, tanto la garantía del contenido esencial como la aplicación del principio de proporcionalidad, pueden “coexistir” en un mismo proceso de interpretación sin excluirse mutuamente. Considero que este autor llega siempre a determinar la contradicción entre contenido esencial y principio de proporcionalidad, porque su análisis no acepta que el contenido esencial esté predeterminado, de cualquier manera, antes de que se realice la interpretación. Para este autor, su análisis, desde cualquier enfoque de crítica a la *Teoría mixta*, concluye en que el contenido esencial debe determinarse de alguna forma, y esta siempre resulta ser la tarea del principio de proporcionalidad; por lo que el resultado es la exclusión mutua entre contenido esencial y principio de proporcionalidad.

Ahora bien, considero que la *Teoría mixta* ofrece la mejor postura para la determinación del ámbito del contenido esencial de un derecho fundamental. En este sentido, coincido en que no se asume la división del derecho en contenido esencial y no esencial. Se acepta que existe una parte “esencial” del derecho que es intocable, que constituye una barrera para el legislador y para el juez, vale decir, para el poder público en general, que no puede ser sometida a ningún tipo de restricción, porque significaría la vulneración del derecho fundamental.

Pese a ello, se asume que las restricciones son posibles sobre determinadas conductas que conforman la totalidad del contenido de un derecho fundamental que no es accidental o no esencial, sino que, al ser restringidas, no lo desnaturalizan y a la vez ayudan a mantener la protección de otros derechos.

En esta evaluación, el principio de proporcionalidad para determinar la justificación de una restricción constituye uno de los métodos a utilizar, pues existen opiniones doctrinarias a favor de utilizar otros métodos, tales como la concordancia práctica o los acomodamientos razonables, discusión en la que no entraré en detalle, pues no constituye el propósito de este ensayo.

Con todo, en esta parte se han ido estableciendo elementos que pueden ayudar a determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, y se ha escogido una postura a través de la cual se

podría explicar la existencia del contenido esencial como límite de los límites a la labor de delimitación y a la imposición de restricciones de los derechos fundamentales que tiene el Estado. En este sentido, en el apartado siguiente se ensayará demostrar que la postura asumida es válida y que la existencia del contenido esencial de un derecho constituye una parte intangible del mismo.

### 3. EL CONTENIDO ESENCIAL EQUIVALE A UNA “HUELLA DIGITAL” QUE SIRVE PARA IDENTIFICAR A UN DERECHO FUNDAMENTAL

Así pues, parto de la tesis de que el contenido esencial existe de forma anterior y es reconocido de esta manera en el texto constitucional. Este contenido constituye la esencia que caracteriza un derecho como tal. Ante esta concepción, el legislador mantiene su labor de delimitación del derecho; lo que implica que puede incorporar una gama de conductas que sean necesarias a reconocer para delimitar de forma amplia el derecho al que se busca brindar una mayor protección.

Con esto quiero decir que es un principio del sistema de protección de los derechos fundamentales –tanto a nivel internacional como interno– que los derechos jurídicamente reconocidos son considerados “vivos” y no estáticos; por lo que, pese al tiempo, debe ser posible que sigan brindando protección a la persona ante los avances científicos, tecnológicos, en definitiva, ante la evolución natural del ser humano y su entorno.

Las nuevas conductas o características que se incorporen no pueden ser denominadas partes accidentales de un derecho fundamental. Al contrario, aumentan, amplían la delimitación del derecho protegido, sin desnaturalizar el contenido esencial que hace a cada derecho lo que es.

Para mostrar de mejor manera lo que significa el contenido esencial de un derecho, considero pertinente utilizar la siguiente analogía: comparar el contenido esencial que define un derecho fundamental con las huellas dactilares o digitales que permiten identificar a una persona.

Las personas tenemos características que nos hacen únicas e identificables. Durante siglos, el hombre ha buscado un método suficientemente fiable de identificación de las personas en base

a sus rasgos. Para verificar esta identidad, la primera técnica utilizada fue el análisis de las huellas dactilares o digitales. Aunque actualmente la ciencia ha descubierto otras formas de identificar e individualizar a una persona, tales como los patrones de voz, el código genético (aunque este es el mismo en el caso de los gemelos idénticos), los patrones retinales, el análisis del iris humano, entre otras. De todas estas técnicas, escojo las huellas digitales, pues constituye una de las técnicas más comunes y al alcance de todos, a diferencia de las otras, que utiliza la ciencia forense para identificar a una persona<sup>49</sup>.

Así, el reconocimiento de huellas dactilares es una de las técnicas biométricas más maduras y confiables, ya que la huella dactilar es una característica estable en el tiempo y cumple con las condiciones de: universalidad (presente en todos los seres humanos), unicidad (única para cada persona), permanencia (no varía en la persona en el tiempo) y cuantificación (tiene la posibilidad de ser cuantificada)<sup>50</sup>.

El contenido esencial de un derecho fundamental puede equipararse a una huella digital, pues es universal, es único, porque así como las huellas digitales no se repiten de una persona a otra, el contenido esencial de un derecho no se replica en otro. Cada derecho tiene una "esencia" que lo hace ser lo que es, que lo distingue e identifica como tal, diferenciándolo de los demás.

Ahora bien, la mejor manera de mostrar con claridad lo afirmado es a través de un ejemplo. Para ello, se retoma el utilizado en la parte correspondiente a la delimitación de los derechos fundamentales respecto a la configuración del derecho a la libertad de expresión.

El estándar actual de la delimitación de este derecho manifiesta el consenso al que se ha llegado en diferentes instrumentos internacionales vigentes, tales como: el artículo 19 de la DUDH consagra: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de

opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión." El artículo 19, inciso 2 del PIDCP establece: "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección." El artículo 10, inciso 1 del CEDH señala: Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa." Y el artículo 13, inciso 1 de la CADH estipula: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección."

Los artículos citados muestran el marco general dentro del cual ha sido delimitado o configurado el derecho a la libertad de expresión. Dentro de este marco, el contenido esencial de este derecho está conformado por el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social que requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno<sup>51</sup>.

49. Peralta Castellanos, Juan Carlos, (julio – diciembre de 2015); *Nueve años de biometría en el Perú: La fe de identificación en la encrucijada*, en IUS, México: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Año IX, N° 36, pp. 275 – 301.

50. Madrigal González, Carlos Andrés; Ramírez Madrigal, Jaime León; Hoyos Arbeláez, Juan Carlos; Stephen Fernández, David, (Marzo 2007); *Diseño de un sistema biométrico de identificación usando sensores capacitivos para huellas dactilares*, Revista Facultad de Ingeniería N° 39, Colombia: Universidad de Antioquia, pp. 21-32.

51. Este estándar ha sido establecido en el Sistema interamericano de derechos humanos desde la Opinión Consultiva N° 5. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párrafo 30. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Kimel vs Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008, párrafo 53.

Así, la esencia de este derecho, constituye un fundamento esencial de una sociedad democrática, no solamente válido cuando las informaciones o ideas son favorables o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también cuando éstas contrastan, chocan o inquietan a un Estado o a un sector de su población<sup>52</sup>

Esta configuración del contenido esencial del referido derecho proviene de lo regulado en los instrumentos internacionales citados y de la jurisprudencia de tribunales y órganos supranacionales que han precisado dicho contenido a través de la interpretación.

Queda claro que el estándar que refleja la “esencia”, la “huella digital”, que identifica y distingue al derecho a la libertad de expresión como lo que es, consiste en las conductas individuales y colectivas de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás, lo que se considera el fundamento de las sociedades democráticas.

La regulación interna de este derecho debe mantener este contenido esencial de forma inalterable. Lo que no implica que no se puedan incorporar nuevas conductas para mantenerlo actualizado a la evolución natural de la humanidad. En este sentido, actualmente se consideran como parte de la delimitación del derecho a la libertad de expresión conductas, tales como: el pensamiento político, los comentarios sobre los asuntos propios y los públicos las campañas puerta a puerta, la discusión sobre derechos humanos, el periodismo, la expresión cultural y artística, la enseñanza y el pensamiento religioso. Puede incluir también la publicidad comercial<sup>53</sup>.

Del mismo modo, las formas de expresar la esencia de este derecho, su “huella digital”, que consiste en buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así

como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás, se han incrementado con la evolución de las sociedades y de la tecnología.

Por ello, actualmente las formas de manifestar la libertad de expresión son variadas, e incluyen, entre otras: la palabra oral y escrita y el lenguaje de signos, y expresiones no verbales tales como las imágenes y los objetos artísticos. Los medios de expresión comprenden los libros, los periódicos, los folletos, los carteles, las pancartas, las prendas de vestir y los alegatos judiciales, así como modos de expresión audiovisuales, electrónicos o de Internet, en todas sus formas<sup>54</sup>.

Como se ha demostrado, el derecho a la libertad de expresión continúa siendo objeto de delimitación a través de la incorporación de nuevas conductas que necesitan ser protegidas, así como de restricciones o limitaciones<sup>55</sup> para asegurar la “convivencia pacífica” de todos los derechos individuales en un sentido colectivo a la vez. No obstante, estas nuevas conductas que amplían su delimitación, preservan y ayudan a proteger el contenido esencial que lo identifica, es decir, mantienen intacta su “huella digital”.

## CONCLUSIONES

De lo expuesto en este ensayo, se puede afirmar que la delimitación de un derecho fundamental queda siempre abierta a la incorporación de nuevos contenidos como la aplicación de restricciones, lo cual tiene una limitación que es el contenido esencial de dicho derecho. De este modo, tanto las nuevas conductas a proteger como las restricciones que sean necesarias regular, no deben desnaturalizar o vulnerar el derecho. Vale decir que, toda regulación debe aplicarse en todas aquellas manifestaciones del derecho sin llegar a afectar la “esencia” que lo caracteriza como lo que es.

En esta tarea, la labor interpretativa tiene una posición de central importancia para evaluar no solamente la legalidad de la norma que determina la delimitación del derecho, o que impone la restricción, sino, especialmente, la justificación de

52. Este estándar en el Sistema europeo ha sido determinado desde el caso *Handyside*. Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Handyside vs Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, párrafo 49. Caso *Jerusalem vs Austria*, sentencia de 27 de febrero de 2001, párrafo 32

53. Comité de Derechos Humanos, (2011), *Observación general N° 34 sobre la libertad de opinión y de expresión*, aprobada en el 102 período de sesiones, Ginebra, párrafos 11.

54. Comité de Derechos Humanos, (2011), *Observación general N° 34 sobre la libertad de opinión y de expresión*, aprobada en el 102 período de sesiones, Ginebra, párrafos 12.

55. Las cuáles no se detallan en este trabajo, pues hablar de límites o restricciones en específico para un determinado derecho no es el objeto de este ensayo.

la misma. Para ello, el intérprete debe recurrir a criterios teleológicos que contengan los valores que justifican el Sistema de protección de los derechos fundamentales<sup>56</sup>.

En este sentido, la interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el principio *pro homine*, es decir que, se debe tratar de brindar la protección más amplia que se pueda establecer respecto a un derecho fundamental en un contexto y momento determinado. Asimismo, esta labor debe integrar a nivel interno los estándares normativos determinados en los tratados internacionales ratificados por un Estado, así como los estándares jurisprudenciales establecidos por los tribunales supranacionales, a fin de brindar coherencia al Sistema de protección de los derechos fundamentales.

En definitiva, se debe tener presente que los derechos no son irreversibles y que las conductas una vez aceptadas como parte de la delimitación, no pueden ser disminuidas, podrán incluirse nuevas, pero nunca dejarse de considerar aquellas a las que ya se les ha dado protección, ni mucho menos la que contiene la esencia del derecho, la "huella digital" que lo identifica cómo lo que es y lo hace único e irreplicable.

---

56. Al respecto Martínez y De Domingo opinan que "(...) el Derecho, como saber práctico, se mueve en el terreno de lo razonable, de lo plausible, no de lo unívoco o exacto. Por esta razón, no debe rechazarse sin más que pueda ser sólida y razonable una interpretación que, por ejemplo, apelando a los intereses jurídicamente protegidos, se atreva a precisar el "núcleo duro" de un determinado derecho fundamental" Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. DE DOMINGO, Tomás, (2011); *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Comares, Granada, p. 38. Prieto afirma que "(...) la existencia de valores o principios o de cláusulas como la del contenido esencial (...) suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían que ser creados por los órganos de aplicación del Derecho. Por graves que sean las dificultades para determinar el significado y alcance concreto de valores como la libertad o la igualdad o del contenido esencial de un cierto derecho, su mero reconocimiento constitucional representa ya un condicionamiento del proceso interpretativo que, de otro modo, sería aún más libre." Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate, p. 146.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABA CATOIRA, Ana, (1999). La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- BERNAL PULIDO, Carlos, (2003). *El principio de proporcionalidad*, :Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BRAGUE CAMAZANO, Joaquín, (2004). *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio, (2006). El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI, Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- CAMPO JIMENEZ, Javier. Derechos fundamentales. Concepto y garantías, Trotta, Madrid.
- COOMANS, Fons, (2002). "In Search of the Core Content of the Right to Education", in:
- A. CHAPMAN & S. RUSSELL (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp, Intersentia.
- DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Luis María, (2008), Sistema de derechos fundamentales, Aranzadi, Pamplona.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1994), "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional", publicado en la Revista Brasileña Revista de Informação Legislativa, ver artículo de Lorenzo.
- FERRAJOLI, Luigi, (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- 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: Centro de Estudios Constitucionales.
- HÄBERLE, Peter, (2003), La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, Madrid: Dykinson.
- JIMENEZ CAMPO, Javier, (1993). "El legislador de los derechos fundamentales", en VVAA: Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto. Universidad de Oviedo. Oviedo.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena, (1996). "El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento jurisprudencial constitucional", en *Anales de la Facultad de Derecho nº 13*, La Laguna: Universidad de La Laguna.
- MADRIGAL GONZÁLEZ, Carlos Andrés; Ramírez Madrigal, Jaime León; Hoyos Arbeláez, Juan Carlos; Stephen Fernández, David, (Marzo 2007); Diseño de un sistema biométrico de identificación usando sensores capacitivos para huellas dactilares, Revista Facultad de Ingeniería Nº 39, Colombia: Universidad de Antioquia.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, (2011). DE DOMINGO, Tomás. *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Granada: Comares.
- MARTINEZ-PUJALTE, Antonio Luis, (1997). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: CEC.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw-Hill.
- MICHAEL, Lothar, (2009). "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*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- MICHAEL, Lothar, (2009). "¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?", en *Revista de Derecho constitucional europeo*, nº 11, Junta de Andalucía: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- MUÑOZ ARNAU, Juan André (1998). Los límites de los derechos fundamentales en el

Derecho Constitucional Español, Aranzadi, Pamplona.

- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, (2000); *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- NOGUEIRA ALCALA, Humberto. (2005). "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", en *Ius et Praxis*, v. 11, N° 2, Talca.
- 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", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PERALTA CASTELLANOS, Juan Carlos, (julio - diciembre de 2015); Nueve años de biometría en el Perú: La fe de identificación en la encrucijada, en IUS, México: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Año IX, N° 36.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, (2000). "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", en *Revista Derechos y Libertades*

n° 8, Universidad Carlos III, Madrid: Boletín Oficial del Estado.

- ÖRÜCÜ, Esin, (1986). "The Core of Rights and Freedoms: The Limits of Limits", en
- CAMPBELL, Tom. *Human rights: from rhetoric to reality*, Oxford: Basic Blackwell, Oxford.
- WALDRON, Jeremy, (1993). "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", en *Oxford Journal of Legal Studies* n° 13.
- YOUNG, Katharine, (2008). "The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content" en *The Yale Journal of International Law*, Vol. 33.

#### Documentos internacionales

- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, (11 a 29 de julio 2011,) Observación general N° 34 sobre la libertad de opinión y de expresión, aprobada en el 102 período de sesiones, Ginebra, párrafos 11.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (13 de noviembre de 1985), Opinión Consultiva N° 5 La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (2 de mayo de 2008), Caso Kimel vs Argentina, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, (7 de diciembre de 1976), Caso Handyside vs Reino Unido.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, (27 de febrero de 2001), Caso Jerusalem vs Austria.