

El Contenido de los Derechos Fundamentales, como un concepto abierto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

CARLOS HAKANSSON NIETO

Doctor en Derecho (Universidad de Navarra), Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario Europeo (Comisión Europea), Profesor de Derecho Constitucional y Derecho de la Integración (Universidad de Piura).

SUMARIO: I) EL CONTENIDO ESENCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. II) UNA APROXIMACIÓN AL CASO MANUEL ANICAMA HERNÁNDEZ CONTRA LA ONP. III) LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN. IV) EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO UN CONCEPTO ABIERTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

I. EL CONTENIDO ESENCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El «contenido esencial de los derechos» es un concepto que nace en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y que la Constitución española de 1978 recogió en su artículo 53.1 cuando se afirma que las leyes que regulan el ejercicio de los derechos «han de respetar en todo caso su contenido esencial»¹. Una expresión que ha recibido notables críticas y las más recientes consideran que se trata de un concepto desafortunado; pues, lo propio y más correcto es hacer mención al contenido constitucional, o constitucionalmente protegido si lo prefieren, ya que, si no tenemos cuidado, puede dar lugar a dudosas interpretaciones en detrimento de los derechos humanos.

La determinación del contenido esencial de los derechos humanos en la jurisprudencia ha dado nacimiento a la llamada teoría absoluta y relativa, que, tanto una como la otra, contienen serios cuestionamientos como tendremos oportunidad de explicar a continuación. La teoría absoluta parte de la idea que todo derecho humano posee un núcleo intangible para el legislador, dentro del cual no puede interferir, es decir, es una zona vedada para la

1. En el Perú este concepto no se ha recogido en la Constitución de 1993 sino más bien gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Un intento por introducirlo se dio gracias al proyecto de reforma de la Constitución de 1993 preparado por el Congreso, el cual consistió en una transcripción literal del artículo 53.1 de la Carta española de 1978.

restricción del derecho que se intente a nivel legislativo. En ese sentido, dado que nos encontramos ante un núcleo cuyo contenido puede determinarse y que llamamos «esencial»; *contrario sensu*, el contenido «no esencial» equivaldría precisamente a aquella parte del derecho que está fuera de ese contenido, o núcleo, y que en consecuencia sí es posible la intervención del legislador para regular su ejercicio y restringirlo si eventualmente le fuere preciso.

La segunda teoría es la relativa y consiste en concebir que los derechos carecen de un núcleo al cual el legislador no puede acceder, sino más bien a que todos los derechos son una unidad carente de zonas especiales, o nucleares, y que más bien el legislador puede regular su ejercicio y establecer restricciones gracias a la ayuda de una ponderación de derechos al momento de valorar cuál de ellos debe prevalecer en un eventual conflicto entre derechos humanos².

El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, optó por la teoría absoluta, sosteniendo que «constituyen el contenido esencial de un derecho aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizado». El mismo Tribunal nos dice que «hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos, rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a

2. Sobre las teorías absoluta y relativa el profesor FRANCISCO RUBIO LLORENTE nos dice que «[l]a doctrina del Tribunal Constitucional respecto de esta oscura noción ha evolucionado con el tiempo desde lo que cabría llamar una concepción dura a otra más blanda o, para utilizar expresiones habituales en la doctrina alemana, enfrentada desde hace más tiempo con el problema, que tiene allí su origen, desde una concepción «absoluta» a otra «relativa» (o «relativista») del contenido esencial. De acuerdo con la primera de ellas, los derechos fundamentales tendrían una estructura análoga en cierto sentido a la de ciertas frutas: un núcleo duro, impenetrable, rodeado de una sustancia más bien blanda, de la que cabe separar trozos o capas sucesivas. De acuerdo con la segunda, la estructura del derecho es homogénea; no hay dentro de ella, como en la anterior, dos partes diferenciadas, sólo una de las cuales sería indisponible para el legislador, los límites constitucionales a la acción configuradora de éste vienen, en consecuencia, más que del interior mismo del derecho, de la relación existente entre éste y los restantes derechos (eventualmente, también, con otras finalidades constitucionalmente protegidas); cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco: «La configuración de los derechos fundamentales en España», en *Liber Amicorum a Héctor Fix Zamudio*, Vol II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, págs. 1340; sobre las teorías absoluta y relativa también véase Carpio Marcos, Edgar: *La interpretación de los derechos fundamentales*, serie Derechos y Garantías, número nueve, Lima, Palestra, 2004, págs. 85-96.

limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección»³.

No obstante, pese a que la teoría absoluta fue reiterada en más de una oportunidad⁴, el Tribunal Constitucional español se empieza a inclinar hacia una concepción más bien de carácter relativo, en la que la definición del contenido esencial no puede realizarse en abstracto sino más bien como resultado de un proceso, es decir, como producto de un concreto caso judicial. El Tribunal español afirma en relación con el derecho al acceso a los cargos y funciones públicas, que éste derecho «se impone en su contenido esencial al legislador, de tal manera que no podrá imponer restricciones a la permanencia en los mismos que, más allá de los imperativos del principio de igualdad, no se ordenen a un fin legítimo y en término proporcionados a dicha finalidad»⁵.

En el Derecho peruano, la primera vez que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha hecho referencia al contenido de los derechos fundamentales fue a través de la acción de inconstitucionalidad contra la ley 26637 que modificó la administración del vaso de leche. En esa oportunidad, el máximo garante de los derechos y libertades sostuvo, con relación al derecho de toda persona para asociarse y constituir diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, que se trata de «una organización protegida por la Constitución que, a diferencia de los órganos constitucionales, cuya regulación se hace en el propio texto constitucional y su desarrollo se deja al ámbito de la ley orgánica, en ésta la configuración constitucional concreta de ella se ha dejado al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el respeto del núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza»⁶.

Como mencionamos anteriormente, las teorías absoluta y relativa han sufrido serios cuestionamientos en la doctrina contemporánea pese a que las

3. Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español (en adelante STC) Nro 11/81 del 8 de abril de 1981.

4. Véanse por ejemplo las Sentencias STC 13/84, de 3 de febrero de 1984, y STC 196/87 de 11 de diciembre de 1987.

5. Cfr. STC 71/94 de 3 de marzo de 1994.

6. Véase el Exp. Nro 0004-1996-AI/TC. De acuerdo con el profesor LUIS CASTILLO la primera vez que el Tribunal Constitucional peruano se manifestó sobre el contenido de un derecho fue gracias a un voto singular en la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad interpuesta por 36 congresistas contra la Ley 26592; la cual reformaba la Ley 26300 disponiendo que, para la procedencia del referéndum, «se requería una iniciativa legislativa popular que habiendo sido rechazada por el Congreso, haya obtenido al menos 48 votos a favor. La cuestión a dilucidar consistió si la exigencia previa de intervención del Parlamento con 48 votos suponía o no la satisfacción de una condición tan desproporcionada, que la propia institución del referéndum se vea gravemente lesionada, al extremo de habersele desnaturalizado, y en consecuencia, aunque no se diga expresamente así, haberse afectado su contenido esencial»; cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Elementos de una Teoría General de los Derechos Constitucionales*, Lima, ARA editores, 2003, págs. 148-149.

resoluciones de más de un tribunal constitucional han optado ya sea por una, u otra, al momento de conocer y argumentar una decisión en torno a la protección de un derecho fundamental; sin embargo, pese a su gran difusión, especialmente de la teoría absoluta, compartimos los tres cuestionamientos que se hacen en torno a ellas.

En primer lugar, no es posible que se pretenda atribuirle al parlamento o gobierno la posibilidad de poder limitar mediante normas los derechos fundamentales dado que, precisamente, son ellos los que deben estar limitados por la constitución y no realizar actos más allá de las funciones expresamente atribuidas. En segundo lugar y atendiendo al principio de unidad que debe informar a los operadores judiciales al momento de interpretar la constitución, tampoco es posible otorgar en los hechos una mayor importancia, o jerarquía, a unos derechos frente a otros en la misma constitución; lo cual equivale a pensar que una carta magna admite la posibilidad de contener disposiciones contradictorias, imposibles de armonizar, y que se encuentran en el texto simplemente porque el papel «lo aguanta todo». Finalmente, en tercer lugar, debemos tener en cuenta que el carácter normativo de la constitución hace posible que sus disposiciones no sean retóricas sino que vinculen a sus destinatarios; por eso, no es posible que unas partes de la carta magna se cumplan en desmedro de las restantes que gozan del mismo efecto jurídico y que, por tanto, también deben de ser aplicadas⁷.

De esta manera, atendiendo al razonamiento de nuestro máximo garante de derechos, si bien podemos apreciar una inicial inclinación hacia una teoría absoluta, considero que la sentencia del caso Manuel Anicama Hernández contra la Oficina de Normalización Provisional (en adelante ONP) tiene un carácter revisionista a dicha tesis. Sin embargo, observamos que no se trata de un cambio orientado hacia la tesis relativa sino más bien la propuesta de una concepción abierta del contenido de los derechos, es decir, una tesis susceptible de ser revisada y actualizada, que atienda a las concretas circunstancias de cada caso, lo cual es más acorde con las pautas de determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales.

A continuación, para poder argumentar nuestra posición, ofrecemos un resumen del caso Manuel Anicama Hernández contra la Oficina de Normalización Provisional (ONP) basándonos en los hechos de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional peruano del pasado ocho de julio de 2005.

7. En ese sentido véase el trabajo del profesor Luis Castillo en Castillo Córdoba, Luis: *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*, Lima, Palestra, 2005, págs. 246-249.

II. UNA APROXIMACIÓN AL CASO MANUEL ANICAMA HERNÁNDEZ CONTRA LA ONP

Con la finalidad de servir como una introducción al análisis de los fundamentos jurídicos que realiza el Tribunal Constitucional para determinar el contenido del derecho de pensión de jubilación, transcribimos los hechos del caso, los cuales fueron extraídos directamente de la propia sentencia del Tribunal⁸.

El recurrente, Manuel Anicama Hernández, interpuso con fecha seis de mayo de 2003 una demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Provisional (ONP), con la finalidad de que se declare la nulidad de la Resolución Nro 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 2 de agosto de 2002, por considerarla atentatoria a su derecho fundamental a la pensión, debido a que resolvió denegar su solicitud de adelanto de la pensión de jubilación.

El demandante manifestó que el pasado veinticinco de mayo de 1992 cesó en sus actividades laborales contando con más de veinte años de aportación, luego de que la Autoridad Administrativa de Trabajo autorizó a su empleador para reducir personal. No obstante, si bien calificó su solicitud de pensión de jubilación, la entidad demandada consideró que las aportaciones efectuadas durante los años 1964 y 1965 habían perdido validez conforme al Reglamento de la Ley Nro 13640, por lo que, incluso si realizara la verificación de las aportaciones efectuadas desde 1973 a 1992 no reuniría los veinte años de aportación al Sistema Nacional de Pensiones que se requieren como mínimo para obtener el derecho a la pensión de jubilación por reducción de personal. El señor Manuel Anicama Hernández agregó que el Tribunal Constitucional había señalado en reiterada jurisprudencia que los períodos de aportación no pierden validez y que sumados sus períodos de aportaciones se acredita los años exigidos por la legislación vigente. Por este motivo solicitó el reconocimiento de su derecho a la pensión, así como los devengados e intereses generados desde la vulneración de su derecho fundamental.

La parte demandada argumentó falta de agotamiento de la vía administrativa y la caducidad, solicitando que se declare improcedente la demanda por considerar que la vía del amparo no es la adecuada para dilucidar la pretensión del recurrente, siendo necesario acudir a la vía judicial ordinaria donde existe una estación probatoria.

En primera instancia, gracias a la resolución del Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, con fecha 8 de enero de 2003, se declaró fundada la demanda en el extremo en que se solicita la validez de las aportaciones efectuadas en los años 1964 y 1965, ordenando su reconocimiento y la verificación del periodo de aportaciones de 1973 a 1992, respecto del cual no se ha

8. Véase el Exp. N.º 1417-2005-AA/TC.

emitido pronunciamiento administrativo. En segunda instancia fue reformada la primera resolución judicial declarándola improcedente, estimando necesario que dicha pretensión se ventile en la vía judicial ordinaria, toda vez que el proceso de amparo carece de estación probatoria. Finalmente, el recurrente interpuso recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional el cual, con fecha ocho de julio de 2005, en sesión plenaria⁹, declara la nulidad de la Resolución Nro 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990 ordenando que la demandada cumpla con reconocer la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal que corresponde al demandante, y abone las pensiones devengadas, reintegros e intereses legales correspondientes.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional declaró que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo que versen sobre materia pensionaria constituyen un precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. De este modo, a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, deberá ser declarada improcedente.

Finalmente, el máximo interprete de la Constitución declaró que las reglas procesales de aplicación a las demandas de amparo que a la fecha se encuentren en trámite también resultan vinculantes, tanto para los Jueces que conocen los procesos de amparo como para aquellos que resulten competentes para conocer las demandas contencioso administrativas, exhortando al Poder Judicial, a que aumente el número de Juzgados Especializados en lo contencioso administrativo en el distrito judicial de Lima y los demás distritos judiciales de la República.

Como hemos ofrecido en la introducción de este trabajo, nos ocuparemos de analizar la determinación del contenido constitucional a la pensión que realiza el Tribunal para resolver la sentencia.

III. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

Luego de presentar los hechos del caso, basándonos directamente de la resolución del Tribunal Constitucional que comentamos, podemos observar en sus fundamentos jurídicos el ejercicio del máximo defensor de la

9. Los magistrados del Tribunal Constitucional firmantes de esta sentencia fueron: Javier Alva Orlandini, Presidente; Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Magdiel Gonzales Ojeda, Víctor García Toma, Juan Francisco Vergara Gotelli y César Landa Arroyo.

Constitución para delimitar los llamados «contornos del derecho fundamental» a la pensión, de acuerdo con las pautas de interpretación para poder determinar su contenido. Nos estamos refiriendo a las herramientas para una correcta determinación del contenido constitucional de un derecho fundamental.

A) El principio de dignidad humana y los valores de igualdad material y solidaridad

La necesidad de conocer el marco en el que se reconoce el derecho a la pensión para comenzar a determinar el contenido constitucional de este derecho lleva al Tribunal a considerar al fundamento de todos los derechos: la dignidad humana. En ese sentido, el máximo garante de los derechos sostiene en su jurisprudencia el deber del Estado de no sólo esforzarse para la realización de los derechos civiles y políticos, concretamente no interviniendo, sino también constituyendo «verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos (...)». Este especial deber de protección especial que se deriva de esta concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quienes pueda proceder la lesión (...). Como se ha dicho, esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad (...)»¹⁰. En el caso que nos ocupa descubrimos que el Tribunal, gracias al principio de unidad interpreta la disposición que reconoce el derecho fundamental a la pensión con aquellos principios y valores que lo informan¹¹, determinando así el significado de su contenido constitucional. Es por eso que concluye diciendo que dichos principios y valores superiores son la dignidad humana así como la igualdad material y solidaridad¹².

La realización de la igualdad material y solidaridad nos lleva a referirnos acerca de la de los derechos sociales en una constitución, la cual es distinta de los derechos clásicos porque los primeros exigen una actuación positiva por parte del Estado, a diferencia de la libertad, la igualdad formal, y la propiedad que demandan una actitud contraria, una abstención a interferir en la esfera de libertad de las personas. La finalidad de una declaración de derechos sociales en una constitución es hacer efectiva la igualdad material del constitucionalismo clásico para así mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

10. Cfr. Exp. N.º 0976-2001-AA/TC (fundamento jurídico 5).

11. El artículo 11 de la Constitución de 1993 dispone que «[e]l Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento».

12. Véase el fundamento jurídico 36.

Como sabemos, la Constitución peruana no distingue con claridad la igualdad formal de la material, a diferencia de la Carta Magna española que en su artículo 9.2 encomienda a los poderes públicos la remoción de los obstáculos que impiden la plena y efectiva realización de la igualdad. Sin embargo, la igualdad material se puede inferir de la lectura de algunos de sus artículos. Por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 23 establece que «el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo». De igual manera, podría entenderse como un reconocimiento a la igualdad material el artículo 59 que dispone que «el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad».

El Tribunal Constitucional considera que el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, por tanto, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento, tanto en la ley o en su aplicación, que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido¹³. De esta forma el Tribunal estima que en tanto derecho fundamental relacional, el derecho a la igualdad se encontrará afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias¹⁴.

La referencia de base a la dignidad humana así como a la igualdad material y solidaridad son la plataforma jurídica necesaria para comenzar a determinar el contenido constitucional del derecho a la pensión como derecho de configuración legal¹⁵. De esta forma, el Tribunal tiene la pista de carreras necesaria para avanzar hacia los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido del derecho fundamental a la pensión, podrán recibir protección judicial a través del proceso de amparo¹⁶.

13. Véase el fundamento jurídico 37(c).

14. Véase el fundamento jurídico 39(e).

15. Al respecto, el profesor Silvio Basile nos dice que «el principio de dignidad de la persona puede constituir por sí mismo el fundamento ideológico no sólo de los derechos de libertad civil o sea, del Estado de Derecho, no sólo de los derechos de participación o sea, del Estado democrático, sino también de las iniciativas de intervención pública para la corrección de los desequilibrios implícitos en el sistema social, a las que se alude cuando se habla de Estado social»; cfr. BASILE, Silvio, «Los valores superiores», los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas en AA.VV.: *La Constitución española de 1978*, estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría, segunda edición, Madrid, Civitas, 1981, pág. 275.

16. Véase el fundamento jurídico 37.

B) La normatividad legal existente para la determinación del contenido constitucional al derecho a la pensión

El ejercicio de interpretación judicial de la Constitución para poner en acción el bloque de constitucionalidad y determinar así el contenido de los derechos fundamentales, lleva al Tribunal Constitucional a determinar la normatividad legal existente para descubrir el contenido del derecho fundamental a la pensión. Para lograrlo, es preciso mencionar el reconocimiento de un bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico peruano, el cual ha sido manifestado por el propio Tribunal Constitucional definiéndolo como «[a]quellas, *entiéndase normas, tratados, principios, etc.* que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos»¹⁷.

Como una lógica consecuencia podemos decir que las fuentes que forman parte del bloque de constitucionalidad también gozan de jerarquía constitucional formando así un conjunto normativo de igual rango. De este modo, las normas que integran el bloque son verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus sentencias, así como los demás sujetos de derecho público y privado, deberán atenerse a sus prescripciones¹⁸. Es así que las normas que integran el bloque de constitucionalidad se convierten en una fuente de derecho obligatoria, es decir, vinculante, ya que también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento jurídico; de igual modo, tanto el preámbulo como los principios, valores y reglas constitucionales son de obligatorio cumplimiento en el orden interno. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, el grupo de normas que comparten la misma jerarquía constitucional y que convierten a los contenidos del bloque en un «factor de unidad y cohesión de la sociedad», obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellos adoptados, debido a que ellos irradiarán su potestad sobre todo el ordenamiento normativo¹⁹.

17. Cfr. Exp. Nro 0013-2003-CC/TC (fundamento jurídico 10.5). La frase en letra cursiva es añadida.

18. Sobre este tema véase el trabajo de los profesores FAVOREU, Louis, RUBIO LLORENTE, Francisco: *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1991; así como el libro del profesor MANILL, Pablo Luis: *El bloque de constitucionalidad*, La Ley, Buenos Aires, 2003.

19. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-531/93.

Luego de este marco teórico acerca del bloque de constitucionalidad para comprender el ejercicio interpretativo que realiza el Tribunal Constitucional y determinar el contenido de un derecho, el máximo intérprete de la Carta de 1993 considera que forman parte del contenido del derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social que son «consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social»²⁰. Seguidamente, el Tribunal considera que también forman parte del contenido constitucional de este derecho las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Es así que considera que será procedente un proceso de amparo cuando «se deniegue su reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia»²¹.

Finalmente, el Tribunal apoya su argumentación compartiendo el criterio de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana que sobre el derecho fundamental a la pensión sostiene que este derecho «adquiere el carácter de fundamental cuando a su desconocimiento sigue la vulneración o la amenaza de derechos o principios de esa categoría y su protección resulta indispensable tratándose de la solicitud de pago oportuno de las pensiones reconocidas, ya que la pensión guarda una estrecha relación con el trabajo, principio fundante del Estado Social de Derecho, por derivar de una relación laboral y constituir una especie de salario diferido al que se accede previo el cumplimiento de las exigencias legales»²².

C) Otros elementos que conforman el contenido constitucional al derecho de pensión.

Nuestra posición al estimar que se ha producido un distanciamiento de la teoría absoluta para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales se basa, en gran medida, en esta actitud del Tribunal

20. Cfr. Fundamento jurídico 37(a).

21. Cfr. Fundamento jurídico 37(b).

22. Cfr. Fundamento jurídico 37(c); la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana fue dictada por la Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, de acuerdo con lo datos ofrecidos en la sentencia que comentamos (Exp. Nro 1417-2005-AA/TC).

por encontrar no sólo dentro sino fuera de la Constitución, de la legislación y la jurisprudencia nacional, otros elementos que también deben formar parte del contenido de un derecho humano. De esta manera, se justifica la referencia que hace a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana o cuando encuentra nuevos fundamentos ontológicos, ya que, con en esos ejemplos, nos hace ver que estamos ante una interpretación que atiende a las circunstancias específicas de cada caso judicial. Es así que yendo más allá de los recursos legales y jurisprudenciales para concentrarse en el ser humano como único titular de derechos fundamentales en base a su dignidad²³, el Tribunal reconoce que el derecho humano a la pensión tiene «una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un `mínimo vital`, es decir, ‘aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.’»²⁴. Es por esto que el Tribunal concluye que las pretensiones relacionadas con el específico monto de una pensión sólo serán procedentes cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital, estableciendo un conjunto de precisiones sobre esta materia²⁵.

Por otra parte, con relación a las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, el Tribunal considera que como tampoco se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido del derecho funda-

23. Véase GARCÍA HUIDOBRO, JOAQUÍN: «La dignidad del hombre» en *Lecciones de Derechos Humanos*, [Valparaíso, EDEVAL, 1997, pág. 31.

24. Ibidem.

25. Al respecto el Tribunal Constitucional considera que «(...) tomando como referente objetivo que el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional es denominado «pensión mínima», asciende a \$/. 415,00 [Disposición Transitoria de la Ley N.º 27617 e inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28449], el Tribunal Constitucional considera que, *prima facie*, cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto, deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes en relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud) (Fundamento jurídico 37(c)).

mental a la pensión, dichas pretensiones deberán ser ventiladas en la vía judicial ordinaria. Finalmente, el Tribunal añade que las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, tampoco son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión sino también porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103 de la Constitución²⁶.

Luego de analizar algunos de los fundamentos jurídicos de la sentencia del caso Manuel Anicama Hernández podemos apreciar que el Tribunal Constitucional peruano²⁷, como máximo intérprete de la Carta de 1993, viene considerando el referido carácter abierto, y no abstracto, del contenido de los derechos fundamentales. Es evidente que las pautas para la interpretación del contenido constitucional de cada derecho son indispensables para alcanzar una adecuada protección; en ese sentido, además de conocerse el significado de dicho contenido, se hace necesario delimitar los contornos del derecho gracias a lo establecido por la Constitución; además, se debe apreciar la finalidad del derecho, su naturaleza, y aquello que lo diferencia de otros los derechos fundamentales; sin olvidar que el contenido constitucional debe determinarse atendiendo a las concretas circunstancias del caso²⁸. Para concluir este apartado, podemos decir que cuando nos referimos al contenido de los derechos fundamentales nos estamos refiriendo a un concepto más bien abierto, atendiendo a que el titular de los derechos es la persona humana gracias a su dignidad.

Asimismo, aún cuando, *prima facie*, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla (Fundamento jurídico 37(d)). (...).

Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. Y es que como se ha precisado, en el proceso de amparo «no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto [u omisión] cuestionado». (STC 0976-2001-AA, Fundamento 3). (Fundamento jurídico 37(f))

26. Véase el fundamento jurídico 37(g)

27. Véase el expediente número 1417-AA/TC.

IV. EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO UN CONCEPTO ABIERTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por todo lo dicho anteriormente, cometeríamos un error si seguimos considerando que el contenido constitucional de un derecho fundamental tiene un carácter cerrado y que puede determinarse *a priori*, de manera abstracta, prescindiendo de las concretas circunstancias que rodean a cada caso judicial. Todo lo contrario, el contenido constitucional de los derechos posee un carácter más bien abierto; es decir, que atendiendo a las circunstancias el juez deberá, o no, enriquecer el contenido y alcances del derecho fundamental que está sujeto a interpretación. En otras palabras, un estado no podría ofrecer una adecuada protección a los derechos fundamentales a sus ciudadanos si de manera abstracta el contenido de cada derecho se encontrara ya definido en la jurisprudencia de sus tribunales, con carácter inmutable, pétreo, para la solución de todos los casos por igual con idénticos resultados, como si se tratase de la fórmula para producir la conocida y centenaria Coca Cola²⁹.

Para concluir hemos de señalar que los jueces no pueden realizar una tarea mecánica dado que ningún caso judicial es igual a otro; por eso, en la medida que el trabajo de los miembros del Tribunal cumpla con su función de ser el último garante de los derechos en la jurisdicción nacional, se podrá enriquecer progresivamente las pautas de interpretación para descubrir el contenido de los derechos fundamentales en cada caso concreto. No olvidemos que la determinación del contenido constitucional de los derechos no se realiza de modo alguno mediante un ejercicio semántico de lo que significan las palabras de la constitución sino más bien a partir de la naturaleza humana y su dignidad única e inmutable, lo cual se convierte en algo muy cercano a «un mar sin orillas» para descubrir el contenido de los derechos fundamentales a través de cada caso judicial, pero siempre como un concepto de carácter abierto³⁰.

28. Con respecto a las pautas de interpretación para determinar el contenido de los derechos fundamentales véase el trabajo de CASTILLO CORDOVA, LUIS: «Pautas para la interpretación del contenido constitucional de los derechos fundamentales», en *Actualidad Jurídica* Nro. 139, págs. 144-149.
29. "Esto quiere decir que el contenido del derecho no puede quedar definido de antemano y para siempre: sino y como debe ser el contenido terminará de definirse teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso concreto, más aún cuando su finalidad es regir efectiva y plenamente en la realidad»; cfr. Castillo: *Los Derechos Constitucionales...*, págs. 263-264.
30. En el mismo sentido véase TOLLER, FERNANDO: «Resolución de los conflictos entre derechos fundamentales...», en AA.VV.: *La interpretación constitucional*, Tomo II, México, Editorial Porrúa, 2005, pág. 1253.

