

## CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DE LOS DERECHOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Elvito A. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Comentario*.  
IV. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El 8 de julio de 2005, el Tribunal Constitucional del Perú dictó sentencia en el proceso de amparo, seguido por Manuel Anicama Hernández contra la Oficina de Normalización Provisional, expediente núm. 1417-2005-AA-TC, declarando fundada la demanda, la que ha sido publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, el 12 de julio de 2005.

Lo interesante de esta sentencia no son los fundamentos que sirven para declarar fundada la demanda, sino los temas trascendentales que aborda, no sólo con relación al amparo, sino también relacionados con:

- 1) El concepto, estructura, contenido esencial y eficacia de los derechos constitucionales.
- 2) La determinación del contenido constitucional de un derecho constitucional concreto (derecho a la pensión de jubilación o cesantía).
- 3) La autonomía procesal del Tribunal Constitucional, ya que en mérito a ésta, ha determinado:

\* Profesor de Derecho procesal constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Agradezco la bondad de los doctores Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, por haberme invitado a participar en la obra colectiva que publicarán en homenaje al maestro Héctor Fix-Zamudio.

- a) El proceso que debe utilizarse para reclamar jurisdiccionalmente el derecho a la pensión.
- b) El proceso que debe seguirse para reclamar jurisdiccionalmente el incremento de la pensión.
- c) Ha dictado normas procesales de observancia obligatoria para los procesos y demandas en trámite.
- 4) Ha exhortado al Poder Judicial para que aumente el número de juzgados especializados en lo contencioso administrativo en el Distrito Judicial de Lima y los cree en el resto de distritos judiciales de la república.

Se trata, pues, de una sentencia que no solamente tiene por finalidad resolver un caso concreto, para lo cual, a mi juicio, no ha sido necesaria la extensa fundamentación, porque no se advierte conexión lógica entre los fundamentos de carácter general y doctrinario y los que sirven para resolver la litis concreta, para lo cual ha sido suficiente la aplicación de la ley.

## II. ANTECEDENTES

### 1. *El proceso que dio lugar a la sentencia*

El proceso está reseñado en la sentencia, según la cual don Manuel Anicama Hernández, el 6 de mayo de 2003, interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con objeto de que se declare la nulidad de la resolución núm. 000041215-2002-ONP/DC/DL 1990, del 2 de agosto de 2002, por considerar que viola su derecho fundamental a la pensión, toda vez que resolvió denegar su solicitud de pensión de jubilación adelantada.

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

El Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, el 8 de febrero de 2003,<sup>1</sup> declaró fundada la demanda en el extremo en que se solicita la validez de las aportaciones efectuadas en 1964 y 1965, ordenando su reconocimien-

<sup>1</sup> Así consta en la sentencia, debe ser 2004.

to y la verificación del periodo de aportaciones de 1973 a 1992 respecto del cual no se ha emitido pronunciamiento administrativo.

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, al conocer del caso en recurso de apelación, mediante sentencia del 6 de octubre de 2004, reformó la sentencia de primera instancia, declarando improcedente la demanda, por estimar que es necesario que la pretensión se ventile en la vía judicial ordinaria, toda vez que el proceso de amparo carece de estación probatoria.

Como ya se ha indicado, el Tribunal Constitucional ha declarado fundada la demanda.

## *2. Sentencia del Tribunal Constitucional*

No transcribo todos los considerandos, sólo los que se relacionan con los temas mencionados en la introducción, y no obstante la extensión, considero indispensable que se conozca directamente la doctrina del Tribunal Constitucional peruano en esta materia.

### *A. Concepto, estructura esencial y eficacia de los derechos constitucionales*

#### *a. Derechos constitucionales. Los derechos fundamentales de la persona humana*

4. De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales (fundamento 4).

7. A lo cual cabe agregar que, según la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, deben ser interpretados de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú (fundamento 7).

### b. Proceso de amparo y derechos fundamentales

8. Reconocer que el proceso de amparo sólo procede en caso de afectación directa de los derechos fundamentales (expresos o implícitos), implica, ante todo, determinar si la supuesta afectación en la que incurre el acto u omisión reputada de inconstitucional, en efecto, incide sobre el ámbito que resulta directamente protegido por dicho derecho.

Este presupuesto procesal, consustancial a la naturaleza de todo proceso constitucional, ha sido advertido por el legislador del Código Procesal Constitucional (CPC), al precisar en el inciso 1 de su artículo 5o. que los procesos constitucionales no proceden cuando “[l]os hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

Asimismo, y con relación al proceso de amparo en particular, el artículo 38o. del CPC establece que éste no procede: “en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

En estricto, pues, con los dispositivos citados, el legislador del CPC no ha incorporado al ordenamiento jurídico una nueva regla de procedencia para los procesos constitucionales de la libertad. Tan sólo ha precisado legislativamente determinados presupuestos procesales que son inherentes a su naturaleza. En efecto, en tanto procesos constitucionales, el *habeas corpus*, el amparo y el *habeas data* sólo pueden encontrarse habilitados para proteger derechos de origen constitucional y no así para defender derechos de origen legal.

Sin embargo, es preciso que este Tribunal analice, de un lado, el sustento constitucional directo del derecho invocado, y de otro, el contenido constitucionalmente protegido del derecho, como presupuestos procesales del proceso de amparo (fundamento 8).

#### i) *Derechos de sustento constitucional directo*

10. Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa.

Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente (fundamento 10).

ii) *Derechos fundamentales de configuración legal*

11. La distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre “normas regla” y “normas principio”. Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización.

En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia carta fundamental (v. g., el artículo 27 de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. *Cfr.* STC 0976-2001-AA, fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (v. g., los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales (fundamento 11).

iii) *La distinta eficacia de los derechos fundamentales*

13. De esta manera, la distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias revisten significativas repercusiones prácticas. En tal sentido, cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos (STC 0011-2002-AI, fundamento 9).

A esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC) que, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena. Tal es el sentido de la undécima disposición final y transitoria (UDFT) de la Constitución, al establecer que “[l]as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente” (fundamento 13).

iv) *Contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales*

20. Tal como refiere Manuel Medina Guerrero, “en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales” (*La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 41) (fundamento 20).

21. Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de este resultan admisibles, forman una unidad (Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117); por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de “unidad de la Constitución” y de “concordancia práctica”, cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto (fundamento 21).

22. Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen deter-

minadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental (fundamento 22).

v) *La estructura de los derechos fundamentales: las disposiciones, las normas, las posiciones de derecho fundamental*

23. Tal como expresa Bernal Pulido, siguiendo la doctrina que Robert Alexy expone en su *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997), “todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental” (Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 76).

De esta forma cabe distinguir entre las disposiciones de derecho fundamental, las normas de derecho fundamental y las posiciones de derecho fundamental (fundamento 23).

24. Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad (fundamento 24).

25. Tal como refiere el mismo Bernal Pulido, “Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que... presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo”. (*Op. cit.*, p. 80. Un criterio similar, *cf.* Alexy, Robert, *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, D&L, núm. 8, 2000, pp. 12 y ss.).

Por ello, cabe afirmar que las posiciones de derecho fundamental, son los derechos fundamentales *en sentido estricto*, pues son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconocen derechos (fundamento 25).

26. Estas atributos que, como se ha dicho, vinculan a todas las personas y que, por tanto, pueden ser exigidas al sujeto pasivo, se presentan en una relación jurídica sustancial, susceptibles de ser proyectadas en una relación jurídica procesal en forma de pretensiones al interior de los procesos constitucionales *de la libertad* (sea el amparo, el *habeas corpus* o el *habeas data*) (fundamento 26).

27. Así las cosas, la estimación en un proceso constitucional de las pretensiones que pretendan hacerse valer en reclamo de la aplicación de una determinada disposición que reconozca un derecho fundamental, se encuentran condicionadas, cuando menos, a las siguientes exigencias:

a) A que dicha pretensión sea válida, o, dicho de otro modo, a que sea consecuencia de un sentido interpretativo (norma) que sea válidamente atribuible a la disposición constitucional que reconoce un derecho.

Por ejemplo, no sería válida la pretensión que amparándose en el derecho constitución a la libertad de expresión, reconocido en el inciso 4) del artículo 2o. de la Constitución, pretenda que se reconozca como legítimo el insulto proferido contra una persona, pues se estaría vulnerando el contenido protegido por el derecho constitucional a la buena reputación, reconocido en el inciso 7o. del mismo artículo de la Constitución.

En consecuencia, la demanda de amparo que so pretexto de ejercer el derecho a la libertad de expresión pretenda el reconocimiento de la validez de dicha pretensión, será declarada infundada, pues ella no forma parte del contenido constitucionalmente protegido por tal derecho; o, dicho de otro modo, se fundamenta en una norma inválida atribuida a la disposición contenida en el inciso 4) del artículo 2o. constitucional.

b) A que en los casos de pretensiones válidas, éstas deriven directamente del contenido esencial de un derecho protegido por una disposición constitucional. En otras palabras, una demanda planteada en un proceso constitucional *de la libertad*, resultará procedente toda vez que la protección de la esfera subjetiva que se aduzca violada pertenezca al contenido esencial del derecho fundamental o tenga una relación directa con él. Y, *contrario sensu*, resultará improcedente cuando la titularidad subjetiva afectada tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infraconstitucionales.

En efecto, dado que los procesos constitucionales *de la libertad* son la garantía jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, no pueden encontrarse orientados a la defensa de los derechos creados por el legislador, sino sólo aquellos reconocidos por el Poder Constituyente en su creación; a saber, la Constitución.

En consecuencia, si bien el legislador es competente para crear derechos subjetivos a través de la ley, empero, la protección jurisdiccional de

éstos debe verificarse en los procesos ordinarios. Mientras que, por imperio del artículo 200 de la Constitución y del artículo 38 del CPC, a los procesos constitucionales *de la libertad* es privativa la protección de los derechos de sustento constitucional directo.

Lo expuesto no podría ser interpretado en el sentido de que los derechos fundamentales de configuración legal, carezcan de protección a través del amparo constitucional, pues resulta claro, en virtud de lo expuesto en el fundamento 11 y ss. *supra*, que las posiciones subjetivas previstas en la ley que concretizan el contenido esencial de los derechos fundamentales, o los ámbitos a él directamente vinculados, no tienen sustento directo en la fuente legal, sino justamente, en la disposición constitucional que reconoce el respectivo derecho fundamental.

Sin embargo, es preciso tener presente que *prima facie* las posiciones jurídicas que se deriven válidamente de la ley y no directamente del contenido esencial de un derecho fundamental, no son susceptibles de ser estimadas en el proceso de amparo constitucional, pues ello implicaría pretender otorgar protección mediante los procesos constitucionales a derechos que carecen de un sustento constitucional directo, lo que conllevaría su desnaturalización.

Y si bien la distinción concreta entre aquello regulado por la ley que forma parte de la delimitación del contenido directamente protegido por un derecho fundamental y aquello que carece de relevancia constitucional directa no es una tarea sencilla, los criterios de interpretación que sirvan a tal cometido deberán encontrarse inspirados, en última instancia, en el principio-derecho de dignidad humana, pues, como ha señalado Ingo Von Münch, si bien resulta sumamente difícil determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad humana, “manifiestamente sí es posible fijar cuándo se la está vulnerando” (Von Münch, Ingo, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982, p. 21) (fundamento 27).

## B. *Contenido esencial del derecho a la pensión*

36. El análisis sistemático de la disposición constitucional que reconoce el derecho fundamental a la pensión (artículo 11) con los principios y valores que lo informan, es el que permite determinar los componentes de su contenido esencial. Dichos principios y valores son el principio-derecho de dignidad y los valores de igualdad material y solidaridad (fundamento 36).

37. En base a dicha premisa, sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo ex-

puesto a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo:

a) En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al periodo 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.

b) En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportaciones), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.

Tal como ha tenido oportunidad de precisar la Corte Constitucional colombiana, en criterio que este Colegiado comparte, el derecho a la pensión “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”. (Cfr. Corte Constitucional colombiana, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-608 del 13 de noviembre de 1996. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

c) Por otra parte, dado que, como quedó dicho, el derecho fundamental 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 indis-

pensable 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”. (Cfr. Corte Constitucional colombiana, Sala Quinta de Revisión, sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital.

Por ello, tomando como referente objetivo que el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional es denominado “pensión mínima”, asciende a S/.415,00 (Disposición Transitoria de la Ley núm. 27617 e inciso 1 de la Cuarta Disposiciones Transitoria de la Ley núm. 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 (*v. gr.*, los supuestos acreditados de graves estados de salud).

d) Asimismo, aun 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 si 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.

e) En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

En efecto, 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 pensionarias.

f) 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).

g) Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, *prima facie*, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.

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, no 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, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la primera disposición final y el artículo 103 de la Constitución, respectivamente (fundamento 37).

### C. Precedente vinculante y normas procesales

#### a. Precedente vinculante

44. Es evidente que con relación al derecho fundamental a la pensión reconocido en el artículo 11 de la Constitución, en la jurisprudencia de este Tribunal ha existido un criterio de procedibilidad más flexible que aquel desarrollado en el fundamento 37 *supra*. Ello, en su momento, se encontraba plenamente justificado en aras de proyectar desde la jurisprudencia de este Colegiado las pautas de interpretación que permitan convertir al sistema de seguridad social, y, concretamente, al derecho fundamental a la pensión, en uno plenamente identificado con los principios constitucionales que lo informan (dignidad, igualdad y solidaridad) (fundamento 44).

45. Las materias que son competencia de la jurisdicción constitucional no se desarrollan sobre un espectro rígido e inmutable. Por el contrario, la

incuestionable ligazón existente entre realidad social y Constitución en los Estados sociales y democráticos de derecho, imponen un margen de razonable flexibilidad al momento de decidir las causas que merecen un pronunciamiento por parte de la jurisdicción constitucional, sobre todo en aquellas latitudes en las que ésta tiene reciente data. Sólo así es posible sentar por vía de la jurisprudencia las bases mínimas para una verdadera identidad constitucional en cada uno de los ámbitos del derecho, y sólo así es posible que este Tribunal mantenga incólumes sus funciones de valoración, ordenación y pacificación (fundamento 45).

46. El Tribunal Constitucional considera que dicho cometido ha sido cubierto con la abundante jurisprudencia emitida en materia pensionaria, motivo por el cual considera pertinente, a partir de la presente sentencia, restringir los criterios de procedibilidad en dicha materia sobre la base de pautas bastante más identificadas con la naturaleza de urgencia del proceso de amparo (fundamento 46).

47. En tal sentido, este Tribunal advierte que los criterios jurídicos contenidos en el fundamento 37 *supra* para determinar la procedencia de demandas de amparo en materia pensionaria, a partir de la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, reconocido en el artículo 11 de la Constitución, constituyen precedente vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del título preliminar del CPC (fundamento 47).

48. Por lo demás, dicho cambio de precedente se encuentra amparado por el principio de autonomía procesal que informa a las funciones de valoración, ordenación y pacificación de este Tribunal, conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del título preliminar del CPC).

El artículo III del título preliminar del CPC establece la obligación del juez constitucional de “adecuar la exigencia de las formalidades previstas en éste Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”, por lo que goza de cierto grado de autonomía para establecer determinadas reglas procesales o interpretar las ya estipuladas, cuando se trate de efectivizar los fines de los procesos constitucionales.

En efecto, mediante su autonomía procesal el Tribunal Constitucional puede establecer reglas que tengan una pretensión de generalidad y que pueden aplicarse posteriormente a casos similares, siempre que estas reglas tengan como finalidad perfeccionar el proceso constitucional, y se encuentren li-

mitadas por el principio de separación de poderes, la ya mencionada vigencia efectiva de los derechos fundamentales y los principios de razonabilidad y proporcionalidad (fundamento 48).

49. El precedente sentado es de vinculación inmediata, motivo por el cual a partir del día siguiente de la publicación de la presente 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 (fundamento 37 *supra*), debe ser declarada improcedente (fundamento 49).

*b. Vía jurisdiccional ordinaria para la dilucidación de asuntos previsionales que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión*

50. No obstante, en atención a su función de ordenación, el Tribunal Constitucional no puede limitarse a precisar los criterios que procedibilidad del amparo constitucional en materia pensionaria, sino que, a su vez, debe determinar la vía judicial en las que deban ventilarse la pretensiones sobre dicha materia que por no gozar de protección constitucional directa, no son susceptibles de revisarse en sede constitucional. Asimismo, debe determinar las reglas necesarias para encausar las demandas de amparo en trámite cuya improcedencia debe ser declarada tras la publicación de la presente sentencia en el *Diario Oficial El Peruano* (fundamento 50).

51. La vía idónea para dilucidar los asuntos pensionarios que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, es el proceso contencioso administrativo. En efecto, en tanto que es la administración pública la encargada de efectuar el otorgamiento de las pensiones específicas una vez cumplidos los requisitos previstos en la ley, es el proceso contencioso administrativo la vía orientada a solicitar la nulidad de los actos administrativos que se consideren contrarios a los derechos subjetivos que a pesar de encontrarse relacionados con materia previsional, sin embargo, no derivan directamente del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión. Así lo estipula el artículo 1o. de la Ley núm. 27584. “La acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados” (fundamento 51).

52. Por ende, en los supuestos en los que se pretenda la estimación en juicio de pretensiones que no se encuentren relacionadas con el contenido

directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, los justiciables deberán acudir el proceso contencioso administrativo a efectos de dilucidar el asunto controvertido.

En tal perspectiva, el artículo 3o. de la Ley núm. 27584 establece, de conformidad con el principio de exclusividad, lo siguiente: “las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo en los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales”, es decir, salvo en los casos en los que la actuación (u omisión) de la administración pública genere la afectación del contenido directamente protegido por un derecho constitucional (fundamento 52).

53. De conformidad con los artículos 8o. y 9o. de la Ley núm. 27584 es competente para conocer la demanda el juez especializado en lo contencioso administrativo (o el juez civil o mixto en los lugares en que no exista juez especializado en lo contencioso administrativo), del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación impugnada, a elección del demandante (fundamento 53).

c. Reglas procesales aplicables a las demandas de amparo en trámite que sean declaradas improcedentes como consecuencia del precedente vinculante contenido en la sentencia

54. Las demandas de amparo en trámite que, en aplicación de los criterios de procedibilidad previstos en el fundamento 37 *supra*, sean declaradas improcedentes, deberán ser remitidas al juzgado de origen (juez civil encargado de merituar el proceso de amparo en primera instancia), quien deberá remitir el expediente judicial al juez especializado en lo contencioso administrativo (en los lugares en los que éstos existan) o deberá avocarse al conocimiento del proceso (en los lugares en los que no existan jueces especializados en lo contencioso administrativo).

Una vez que el juez competente del proceso contencioso administrativo se avoque al conocimiento de la causa, deberá entenderse presentada y admitida la demanda contencioso administrativa, y, en aplicación del principio de suplencia previsto en el inciso 4) del artículo 2o. de la Ley núm. 27584, se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso contencioso administrativo. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

Estas reglas son dictadas en virtud del principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional al que se ha hecho alusión en el fundamento 48 *supra* (fundamento 54).

55. Por otra parte, en aplicación del principio *pro actione* que impone al juez interpretar los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción, en los supuestos en los que en el expediente de amparo obre escrito en el que la administración contradiga la pretensión del recurrente, el juez del contencioso administrativo, no podrá exigir el agotamiento de la vía administrativa.

En efecto, dado que la finalidad de la interposición de los recursos administrativos de impugnación consiste en darle la oportunidad a la propia administración de revisar su actuación o reevaluarla y, en su caso, disponer el cese de la vulneración del derecho, sería manifiestamente contrario al principio de razonabilidad y al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, exigir el agotamiento de la vía administrativa en los casos en los que resulta evidente que la propia administración se ha ratificado en la supuesta validez del acto considerado ilegal (fundamento 55).

56. Por el contrario, los expedientes de amparo en los que no sea posible verificar si la Administración se ha o no ratificado en torno a la supuesta validez del acto considerado atentatorio de los derechos previsionales que no configuran el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, no serán remitidos al juez del contencioso administrativo, pues dado que en estos supuestos es plenamente exigible el agotamiento de la vía administrativa prevista en el artículo 18 de la Ley núm. 27584, los recurrentes deberán agotarla para encontrarse habilitados a presentar la demanda contencioso administrativa (fundamento 56).

57. En todo caso, es deber del juez del contencioso administrativo, aplicar el principio de favorecimiento del proceso, previsto en el inciso 3) del artículo 2o. de la Ley núm. 27584, conforme al cual: “Principio de favorecimiento del proceso. El juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa. Asimismo, en caso de que el juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma” (fundamento 57).

58. Por otra parte, dado que en los asuntos previsionales, es la Administración o, en su caso, la entidad en la que prestó servicios el ex trabajador, las que se encuentran en mayor capacidad de proveer al juez de los medios probatorios que coadyuvan a formar convicción en relación con el asunto controvertido, el hecho de que el recurrente no haya presentado los medios probatorios suficiente que permitan acreditar su pretensión, en principio, no puede considerarse como motivo suficiente para desestimar la demanda. En tales circunstancias, es obligación del juez recabar de ofi-

cio los medios probatorios que juzgue pertinentes; máxime si el artículo 22 de la Ley núm. 27584, establece que:

Al admitir a trámite la demanda el juez ordenará a la entidad administrativa que remita el expediente relacionado con la actuación impugnada.

Si la entidad no cumple con remitir el expediente administrativo el órgano jurisdiccional podrá prescindir del mismo o en su caso reiterar el pedido bajo apercibimiento de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público para el inicio del proceso penal correspondiente.

El incumplimiento de lo ordenado a la entidad administrativa no suspende la tramitación del proceso, debiendo el juez en este caso aplicar al momento de resolver lo dispuesto en el artículo 282 del Código Procesal Civil.

Dicho artículo del Código Procesal Civil, establece:

“El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas”.

Por su parte, el artículo 29 de la Ley núm. 27584 dispone:

“Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnada, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes” (fundamento 58).

#### *d.* Fundamento del caso concreto que resuelve la sentencia

39. En el presente caso el demandante pretende el reconocimiento de la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal, que le fue denegada porque a juicio de la ONP no reunía el mínimo de aportaciones necesarias para obtener el derecho. En consecuencia, al recurrente le ha sido denegada la pensión, a pesar de que, según alega, cumple con los requisitos legales para obtenerla. Consecuentemente, la pretensión del recurrente ingresa dentro del supuesto previsto en el fundamento 37.b, motivo por el cual este colegiado procede a analizar el fondo de la cuestión controvertida (fundamento 39).

43. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que aun cuando en el proceso de amparo no se encuentra prevista una etapa probatoria, el demandante ha presentado suficientes medios probatorios que no requieren actuación (artículo 9o. del CPC), que demuestran: i) que cumple con el requisito de edad exigido para obtener la pensión solicitada; ii) que

fue cesado en el empleo por causal de reducción de personal; y, iii) que teniendo en cuenta su tiempo de servicios en Motor Perú S. A. —corroborados previamente por la Autoridad de Trabajo— y las aportaciones realizadas durante el periodo cuya validez indebidamente no se reconoció, acredita por lo menos 20 años de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.

En tal sentido, ha acreditado que reúne todos los requisitos legales exigidos para la percepción de la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal reclamada, y consiguientemente, que se ha desconocido arbitrariamente el derecho constitucional a la pensión que le asiste, por lo que la demandada debe reconocer su derecho a la pensión de jubilación y disponer su percepción desde la fecha en que se verifica el agravio constitucional, es decir, en la fecha de la apertura del expediente núm. 01300311802 en el que consta la solicitud de la pensión denegada.

Adicionalmente, se debe ordenar a la ONP que efectúe el cálculo de los devengados correspondientes desde la fecha del agravio constitucional, así como el de los intereses legales generados de acuerdo con la tasa señalada en el artículo 1246 del Código Civil, y proceda a su pago, en la forma y modo establecido por el artículo 2o. de la Ley núm. 28266 (fundamento 43).

### III. COMENTARIO

#### 1. *El amparo en el Perú*

La acción de amparo como protectora de todos los derechos reconocidos por la Constitución, que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona, se instituye en el Perú en el segundo párrafo del artículo 295 de la Constitución de 1979; a excepción de la libertad individual que era garantizada por el *habeas corpus*, según el párrafo primero del mismo artículo.

Sin embargo, todos los derechos reconocidos por la Constitución de 1933 estaban protegidos por la acción de *habeas corpus* según el artículo 69 de la misma, por lo que, puede sostenerse que el contenido del amparo, existe desde 1933.

Las normas procesales respecto a la protección de la libertad individual se establecen en el Código de Procedimientos Penales de 1940 y para los demás derechos en 1968 mediante Decreto Ley núm. 17085; es decir, no pudo ejercitarse el amparo, aun con el nombre de *habeas corpus*, hasta finales de 1968.

La Constitución de 1979 separa la acción de *habeas corpus* de la acción de amparo, disponiendo que la primera servirá para proteger la libertad individual y la segunda todos los demás derechos reconocidos por la Constitución.

Las normas procesales respecto a las acciones de *habeas corpus* y de amparo se dictaron mediante Ley núm. 23506 del 7 de diciembre de 1982, que, con algunas modificaciones, ha mantenido su vigencia hasta noviembre de 2004.

La Constitución de 1993 separa la acción de *habeas corpus* para proteger la libertad individual y los derechos constitucionales conexos; la acción de *habeas data* para proteger el derecho a obtener información del Estado y evitar que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar; la acción de amparo para proteger los demás derechos no protegidos por las acciones anteriormente mencionadas.

A partir del 1o. de diciembre de 2004 entró en vigencia el Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley núm. 28237, que fue publicada el 31 de mayo de 2004, con seis meses de *vocatio legis*.

## 2. Derechos de sustento constitucional directo

A. El artículo 5o. del Código Procesal Constitucional establece diez causales de improcedencia de los procesos constitucionales sobre protección de derechos, siendo la primera, que: “Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”. Además de esta causal genérica, el artículo 38 del mismo Código establece que no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

B. La sentencia del Tribunal Constitucional, que es materia de este comentario, trata de definir o determinar de manera general el contenido constitucionalmente protegido de los derechos.

C. Para abordar el comentario de este extremo de la sentencia es necesario estudiar cuál es el contenido constitucionalmente protegido de los derechos. Esto nos conduce en la doctrina, al debate sobre la limitación de los derechos constitucionales.

Cuando se estudia la limitación o límites de los derechos constitucionales, generalmente, se citan los artículos 19 de la Ley Fundamental para la República alemana, y el 53.1 de la Constitución Española,<sup>2</sup> los cuales son una garantía de los derechos constitucionales frente al legislador, estableciendo que el legislador debe respetar el contenido esencial del derecho constitucional que limita.

La autora española Ana Aba Catoira<sup>3</sup> señala que la Ley Fundamental alemana es el antecedente del artículo 53.1 de la Constitución Española y de las normas que se refieren a la limitación de los derechos constitucionales en la Constitución portuguesa,<sup>4</sup> aun cuando cuando éstas no hayan seguido exactamente el mismo criterio de su antecedente.

D. Como se advierte, el concepto de contenido esencial de los derechos constitucionales, se introduce en la doctrina, porque los textos constitucionales que hemos citado se refieren a esta expresión o locución.

<sup>2</sup> Artículo 19 (Ley Fundamental para la República Federal alemana, del 23 de mayo de 1949). “1. Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso particular y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente. 2. En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental. 3. Los derechos fundamentales se extienden a las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, con arreglo a su respectiva naturaleza, aquéllos les sean aplicables. 4. Si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales. Cuando no se haya establecido competencia alguna de índole especial, se dará recurso ordinario (der ordentliche Rechtsweg), sin que esto afecte a lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 2, segundo inciso”. Daranas Peláez, Mariano, *Las Constituciones europeas I*, Madrid, Editora Nacional Torregalindo, 10, pp. 64 y 65. “Artículo 53 (Constitución Española). 1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)”. Rebollo, Luis Martín, *Constitución Española*, Navarra, Colección Códigos Básicos, Thomson Aranzadi, 2003, p. 53.

<sup>3</sup> Aba Catoira, Ana, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Valencia, Titant Lo Blanch, 1999.

<sup>4</sup> “Artículo 18 (Constitución de la República portuguesa). Alcance jurídico. 1. Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas. 2. La ley sólo podrá restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución. 3. Las leyes restrictivas de los derechos, libertades y garantías habrán de revestir carácter general y abstracto y no podrán reducir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales”. Daranas Peláez, Mariano, *Las Constituciones europeas II*, Madrid, Editora Nacional Torregalindo, 10, pp. 1532 y 1533.

En las Constituciones peruanas no encontramos ningún artículo que haga mención al contenido esencial de los derechos constitucionales o al contenido constitucionalmente protegido de los derechos. En el derecho positivo peruano recién se encuentra el segundo de los conceptos, en el inciso 1 del artículo 5o. y en el artículo 38 del Código Procesal Constitucional, pues ninguno de ellos hace alusión al “contenido esencial” de los derechos constitucionales.

E. Lo primero que se advierte al comparar las Constituciones que se refieren a los límites de los derechos constitucionales y el Código Procesal Constitucional peruano es que mientras las Constituciones anteriormente citadas establecen el contenido de los derechos como una garantía de los mismos frente al legislador, el Código Procesal Constitucional lo establece como una valla de acceso a los procesos constitucionales, pues prefigura un presupuesto procesal que queda enteramente librado al libre arbitrio del juez, el cual tiene la plena autonomía y facultad de determinar en cada caso que se le plantea, si el contenido del derecho, cuya protección se solicita, es un contenido constitucionalmente protegido. No existe norma constitucional ni legal que establezca los criterios que debe seguir el juez para este efecto; y, por supuesto, tampoco lo hace el Código Procesal Constitucional peruano.

La afirmación que formulo en el sentido que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos, en el Código Procesal Constitucional, es una valla u obstáculo para acceder a los procesos constitucionales, se comprueba leyendo la exposición de motivos del proyecto, que al respecto expresa:

Sin embargo, siendo conscientes de que los procesos constitucionales suelen ser usados, de manera deliberada, para resolver conflictos que no son necesariamente de contenido constitucional, con el sólo propósito de aprovechar precisamente su urgencia (celeridad), se ha puesto muy especial celo en construir un sistema que permita al Juez discernir aquellos casos en los que el agravio constitucional es sólo la construcción jurídica realizada por el demandante para “amparizar” la solución judicial de su conflicto. En tal sentido, se regula con extremo cuidado las distintas hipótesis de improcedencia de la demanda, esto es, de rechazo liminar de ésta (artículos 5 y 47).<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Abad Yupanqui, Samuel B. *et al.*, *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio. Exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, 2a. ed. actualizada, Lima, Palestra, 2005, p. 152.

Debo aclarar que, en el texto del Código, el artículo 5o. del proyecto, ha mantenido su ubicación y el artículo 47 mencionado en la exposición de motivos, en el Código es el artículo 38.

Por este motivo, al comentar el inciso 1 del artículo 5o. del Código Procesal Constitucional en mi obra *Derecho procesal constitucional* he sostenido que este inciso y el artículo 38 son inconstitucionales, o, cuando menos, de discutible constitucionalidad.<sup>6</sup>

F. La sentencia del Tribunal Constitucional materia de este comentario ha tratado de subsanar la omisión constitucional y legislativa respecto a los criterios para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Constitución, estableciendo pautas generales en su fundamento 27, no obstante que en el fundamento 22 reconoce que este contenido solamente puede ser determinado a la luz de cada caso concreto.

Para ello, recurre al criterio de ciertos autores, como Carlos Bernal Pulido (fundamentos 23 a 25).

G. Ocurre sin embargo que, en la doctrina no hay unanimidad respecto a la limitación de los derechos constitucionales, pues hay autores que sostienen la teoría de los derechos absolutos, y que por consiguiente niegan toda posibilidad de limitación, y autores que admiten la posibilidad de limitación. Tampoco existe criterio uniforme respecto al “contenido esencial” de los derechos constitucionales; y ni siquiera sobre el concepto de limitación o delimitación. Así, Manuel Medina Guerrero, que también es citado por la sentencia del Tribunal Constitucional (fundamento 20), sostiene que el contenido del derecho fundamental, como todo derecho subjetivo, se halla integrado por un determinado haz de garantías y posibilidades de actuación —conectado con el ámbito material que dé nombre al derecho— que la Constitución reconoce inmediatamente a sus titulares; para luego agregar: “Determinar cuáles sean estas facultades, es decir, desentrañar cuál es el ámbito constitucionalmente protegido de cada derecho fundamental, es obviamente una tarea de interpretación de la Constitución; tarea que puede resultar especialmente ardua en todos aquellos supuestos en que los preceptos constitucionales prácticamente se limitan a mencionar el bien jurídico, sin mayor concreción”.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Manual de derecho procesal constitucional*, 3a. ed. actualizada y aumentada, Lima, Editora Jurídica Grijley, junio de 2006, p. 281.

<sup>7</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, Estudios Ciencias Jurídicas, 1996, p. 11.

El profesor español Luis Prieto Sanchís, al comentar el artículo 53.1 de la Constitución Española alude a la “cláusula del contenido esencial”:

Ahora bien, creo que el verdadero problema que presenta la cláusula del contenido esencial es que no se trata ya de un concepto indeterminado, sino más bien de un concepto impredecible, en el sentido de que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo que de esencial tiene un derecho fundamental, y en estas condiciones resulta que sólo en el momento del concreto enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional podrá éste determinar si aquello que se nos presenta como un derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo *ius* fundamental en cuestión.<sup>8</sup>

H. En el Perú, el doctor Luis Castillo Córdova al comentar el inciso 1 del artículo 5o. del Código Procesal Constitucional resalta lo afortunado que ha estado el legislador al redactar este inciso, al no haber empleado expresiones confusas o equívocas como “contenido esencial”,<sup>9</sup> ya que, según él, todo derecho constitucional cuenta con un sólo contenido. Señala que:

El contenido constitucional de un derecho es aquel contenido que se define en función del texto constitucional, y que es *limitado, ilimitable y delimitable*.

Que es *limitado* significa que todo derecho fundamental tiene sus propios límites, límites inmanentes o internos, los cuales definen el contenido *esencial* del derecho y por lo que ese derecho es identificable como tal derecho.

Que es *ilimitable* significa que ni el legislador ni nadie puede desconocer esas fronteras inmanentes o internas, esas fronteras vinculan de modo fuerte al poder quien no puede trasgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional del derecho fundamental que se trate.

Que es *delimitable* significa que el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto; la labor del poder político —en todo caso— es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002, p. 58.

<sup>9</sup> Castillo Córdova, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, 2a. ed. corregida y aumentada, Lima, Palestra, 2006, t. I, pp. 240 y 241.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 245 y 246.

Al respecto, cabe preguntarse ¿cómo se determinan los límites inmanentes o internos que definen el contenido esencial del derecho?, si la propia Constitución no lo hace ni establece criterios para hacerlo. ¿Cómo puede comprenderse que un derecho siendo ilimitable sea delimitable? Según el *Diccionario de la Lengua Española*, limitar significa poner límites a una acción o una cosa y delimitar es determinar o fijar con precisión los límites de una cosa.

Al hablar de límites internos o inmanentes, su determinación queda librada enteramente al intérprete.

También en el Perú, Clementina del Carmen Rodríguez Fuentes, comentando la misma sentencia materia de este comentario, encuentra que la sentencia incurre en grave error, al utilizar como sinónimos los términos “contenido esencial” y “contenido constitucionalmente protegido del derecho” y la consecuencia práctica que de ello deriva.<sup>11</sup>

### *3. Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión*

A. La sentencia establece que constituyen el contenido constitucional del derecho a la pensión, que merece la protección del proceso de amparo: las disposiciones legales que establecen requisitos para el libre acceso a la seguridad social; las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención del derecho a la pensión; las pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho a un mínimo vital, el que según la sentencia asciende a S/.415.00. Luego, precisa que no forman parte del contenido esencial del derecho a la pensión, las pretensiones de reajuste pensionario. Establece finalmente que las pretensiones pensionarias que no versen sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión se tramitarán en proceso contencioso administrativo.

B. Las objeciones que he manifestado respecto a la determinación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales, alcanza también a la determinación del contenido del derecho a la pensión. Sin embargo, en el caso concreto, cabe hacer, además las siguientes observaciones:

<sup>11</sup> Rodríguez Fuentes, Clementina del Carmen, “El contenido constitucionalmente protegido de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Mensual de Jurisprudencia*, Lima, Palestra, 2006.

a) La sentencia, en sus distintos fundamentos, se refiere a la dignidad humana como supremo valor protegido por la Constitución; y en efecto, así lo dispone el artículo 1o. de la Constitución peruana. Siendo así, no se alcanza a comprender cómo puede compatibilizarse este principio, cuando se limita la cuantía de la pensión al mínimo vital que se establece por ley, y que en el momento que se dictó la sentencia era de S/.415.00, lo que al cambio actual de S/.3.19 por dólar, equivale a US \$130.00.

b) Cómo puede establecerse como contenido de la pensión susceptible de ser protegido por el amparo este mínimo vital, si al momento de producirse la contingencia para obtener la pensión, la persona tiene derecho a una cantidad mayor y por este solo hecho de asignarle la pensión mínima, y si se le deniega el monto reclamado, tenga que acudir a la vía contencioso administrativa.

#### 4. *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional*

A. En el fundamento 48, el Tribunal proclama que se encuentra amparado por la autonomía procesal que informa sus funciones, sustentándose en el artículo III del título preliminar del Código Procesal Constitucional, cuyo párrafo tercero dispone “el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código a los fines de los procesos constitucionales”; y, en mérito a dicha facultad ha dictado normas procesales respecto a los procesos de amparo que se encontraban en trámite, que no están referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia.

B. El enunciado del título preliminar del Código Procesal Constitucional, antes referido, se conoce en la doctrina como “principio de elasticidad procesal”.

Como sostengo en mi texto universitario, este presupuesto tiene su antecedente en el Código Procesal Civil italiano de 1940. Tanto la exposición de motivos de dicho Código y uno de los principales expositores del mismo (Piero Calamandrei) han dejado en claro que este principio no implica abandonar el principio de legalidad que rige el proceso; que el mencionado Código italiano ha establecido diversidad de vías procesales para que el juez pueda escoger la más adecuada a las exigencias de la causa.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Rodríguez Domínguez, Elvito A., *op. cit.*, nota 6, pp. 240 y 241.

C. En el mismo texto sostengo que el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional al establecer esas reglas procesales afecta el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional y al debido proceso, ya que conforme al artículo 139, inciso 3, de la Constitución ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos. En este sentido, al remitir las causas al proceso contencioso administrativo, la sentencia del Tribunal Constitucional los está desviando de la jurisdicción del Tribunal Constitucional y de la jurisdicción supranacional, pues sólo los procesos constitucionales, cuando la sentencia no favorece al reclamante, pueden llegar a conocimiento del Tribunal Constitucional y de la jurisdicción supranacional, por disposición expresa de los artículos 202, inciso 2, y 205 de la Constitución.<sup>13</sup>

D. Igual crítica a la antes expresada ha formulado la profesora de derecho procesal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de Lima, doctora Eugenia Ariano Deho, quien además señala que el fundamento 37 de la sentencia que establece las reglas procesales con carácter de precedente vinculante, no es un precedente, por cuanto no es la *ratio decidendi* de la sentencia, basando su afirmación en el artículo VII del Código Procesal Constitucional, porque conforme a esta norma, constituyen precedente las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada, y según el artículo 60. del mismo Código, adquieren la calidad de cosa juzgada, la disposición final que se pronuncie sobre el fondo; y, el fundamento 37, no tiene relación con el asunto concreto decidido en la sentencia.<sup>14</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

1. El inciso 1 del artículo 5o. y el artículo 38 del Código Procesal Constitucional son inconstitucionales, porque la Constitución peruana no autoriza al legislador a limitar los derechos constitucionales.

2. Los conceptos de “contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales” y de “contenido esencial de los derechos cons-

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 245 y 246.

<sup>14</sup> Ariano Deho, Eugenia, “¿Principio de «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional?, algunas glosas a la sentencia del «caso Anicama», Jurisprudencia Constitucional”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm. 85.

titucionales” son conceptos doctrinarios sobre los que no hay uniformidad de criterio de los autores, pues como afirma la autora que hemos citado en este trabajo, Ana Aba Catoira, el planteamiento de los límites jurídicos es relativamente reciente.<sup>15</sup> Siendo así es absolutamente inconveniente que, el legislador lo emplee como una facultad del juzgador para rechazar liminarmente los procesos constitucionales.

3. La inconstitucionalidad anteriormente referida se sustenta, además de lo expuesto, en que no se está limitando propiamente derechos constitucionales, sino garantías constitucionales, pues el artículo 200 de la Constitución establece el amparo como una garantía de los derechos constitucionales.

4. En cuanto a la sentencia, también es criticable que estas normas generales se establezcan en un proceso de amparo, que sólo tiene efectos interpartes.

5. Considero que los derechos constitucionales no son absolutos, pero la prevalencia de los mismos en caso de conflicto, solamente debe determinarse en cada caso concreto, al resolver los conflictos que se presentan ante el órgano jurisdiccional, lo cual encuentra sustento constitucional en el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución, que establece el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

6. Tratándose de un asunto doctrinariamente no definido y de suma importancia para el acceso a los procesos constitucionales, el asunto de los límites de los derechos constitucionales o del contenido constitucionalmente protegido debe establecerse en la propia Constitución, extremo en el cual, también concuerdo con Ana Aba Catoira.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Aba Catoira, Ana, *op. cit.*, nota 3, p. 72.

<sup>16</sup> *Idem.*