

TC

GACETA constitucional

análisis multidisciplinario
de la jurisprudencia del tribunal constitucional

TOMO
37
ENERO 2011

DIRECTORES

Jorge Avendaño Valdez
Jorge Santistevan de Noriega
Víctor García Toma

ESPECIALES

- BALANCE DE LAS NUEVAS INSTITUCIONES CREADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DURANTE EL 2010
- BALANCE POR MATERIAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EMITIDA DURANTE EL 2010
- INTERCEPTACIÓN DE CONVERSACIONES, LIBERTAD INFORMATIVA E INTIMIDAD: EL CASO QUIMPER

ANÁLISIS Y ESTUDIOS POR ESPECIALIDADES

- Recientes precisiones del TC sobre la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional
- Conversión de los procesos constitucionales y autonomía procesal del TC
- Los límites temporales de la detención preventiva
- Ne bis in idem* e incompetencia *ratione materiae* del fuero militar
- Desnaturalización de la intermediación laboral
- Derechos fundamentales del empleador e inspecciones laborales
- Competencias de los gobiernos central y provincial sobre vehículos menores
- Jurisprudencia sobre el Impuesto Temporal a los Activos Netos
- El derecho de asociación en el Tribunal Constitucional

DOCTRINA CONSTITUCIONAL

- La jurisdicción constitucional en el desarrollo de la democracia
- El derecho humano a un medio ambiente equilibrado y adecuado

PRÁCTICA CONSTITUCIONAL

- El uso de la publicidad estatal y la propaganda política en periodo electoral
- Constitucionalidad de los decretos de urgencia N°s 001-2011 y 002-2011

G ACETA
JURIDICA

Las precisiones del Máximo Intérprete sobre la aplicación del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional*

Carlos HAKANSSON NIETO**

RESUMEN

Al analizar la RTC Exp. N° 00906-2009-PA/TC, el autor precisa que pese a la disposición del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, sería un error pensar que el contenido constitucional de un derecho fundamental tiene un carácter cerrado y puede determinarse a priori, de manera abstracta, prescindiendo de las concretas circunstancias que rodean a cada caso judicial. En ese sentido, considera que el Tribunal Constitucional puede corregir errores de interpretación de la judicatura.

I. UNA APROXIMACIÓN A LOS HECHOS DEL CASO

El Tribunal Constitucional resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Roger Acho Curico, presidente de la Comunidad Nativa Cocama Tarapacá, contra la resolución de la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto (19 de febrero de 2008, fojas 19) que declara improcedente la demanda de amparo contra la Dirección Regional Agraria de Loreto y Ministerio de Agricultura, solicitando la nulidad de la Resolución Ministerial N° 1433-2006-AG y de la Resolución Directoral N° 159-2006-AG-DRA-L, del 5 de julio de 2006, que han negado reconocimiento

e inscripción de la Comunidad que representa en el Registro Nacional Desconcentrado de Comunidades Nativas. Las instancias judiciales rechazaron liminarmente la demanda de amparo argumentando que la vía procedimental específica para el cuestionamiento de los actos administrativos impugnados es el procedimiento contencioso-administrativo, al ser de aplicación el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional (en adelante CPConst.). El demandante argumenta que las citadas resoluciones lesionan su derecho al reconocimiento e identidad cultural consagrado en el artículo 2, inciso 19, y el artículo 89 de la Constitución de 1993¹.

* **Nota de Gaceta Constitucional:** la RTC Exp. N° 00906-2009-PA/TC, ha sido publicada en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo 12, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2010, p. 29 y ss.

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

¹ Véase el análisis de FIGALLO ADRIANZÉN, Guillermo, sobre el artículo 89 de la Constitución en: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, Walter Gutiérrez (director), Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 1084-1086.

En la presente sentencia², el Máximo intérprete de la Constitución realiza precisiones en torno a la debida interpretación del artículo 5, inciso 2 del CPConst, argumentando la necesidad de comprobar si en sede judicial se ha determinado de modo correcto el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental que nos recuerda su naturaleza abierta y esencialmente vinculada a la solución del caso concreto. Por eso, para comenzar, es conveniente repasar el significado del contenido constitucional antes de comentar los principales fundamentos jurídicos de la sentencia del Tribunal Constitucional.

II. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL 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"³. Una expresión que ha recibido notables críticas —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 de dos teorías, la primera es la llamada teoría absoluta y relativa, y la segunda es la conocida como subjetiva y objetiva que, tanto una como la otra, contienen serios cuestionamientos como tendremos oportunidad de explicar más adelante.

La teoría absoluta parte de la idea de que todo derecho humano posee un núcleo intangible para el legislador, en el cual no se puede interferir, es decir, es una zona vedada para la 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"; a contrario sensu, el contenido "no esencial" equivaldría precisamente a aquella parte del derecho que está fuera de ese contenido, o núcleo, y sobre el que, en consecuencia, sí es posible la intervención del legislador para regular su ejercicio y restringirlo si eventualmente le fuere preciso.

La teoría relativa en cambio 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 restricciones⁴.

El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, optó por la teoría absoluta, sosteniendo

que "constituyen el contenido esencial del derecho, aquellas facultades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como tal y sin las cuales el derecho no puede existir y tiene que pasar a ser otro, desnaturalizándose".⁵ Nos dice que "hablar de contenido esencial del derecho y de aquella parte del mismo que es necesaria para que los derechos protegidos, que dan vida real, concreta y efectiva al derecho, no se rebasa o se desconoce cuando el derecho queda reducido a una mera declaración que lo hacen impracticable más allá de lo razonable y necesaria protección"⁶.

No obstante, pese a que se reitera en más de una sentencia del Tribunal Constitucional español inclinarse hacia una concepción de carácter relativo, en la que el contenido esencial no puede ser objeto de un acto legislativo sino más bien como consecuencia de un acto judicial. El Tribunal español, en su relación con el derecho a la vida y funciones públicas, que se pone en su contenido esencial tal manera que no podrá ir en detrimento de la permanencia en los límites de los imperativos del derecho no se ordenen a un fin legítimo proporcionados a dicha fin.

Como mencionamos, la sentencia intenta definir el contenido esencial del derecho llamada subjetiva y objetiva.

2 Véase la STC Exp. N° 00906-2009-PA/TC.

3 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.

4 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, solo una de las cuales sería indisponible para el legislador, los límites constitucionales a la acción configuradora de este provienen, en consecuencia, más que del interior mismo del derecho, de la relación existente entre este 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, p. 1340; sobre las teorías absoluta y relativa también véase CARPIO MARCOS, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, serie Derechos y Garantías, N° 9, Lima, 2004, pp. 85-96.

5 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional.

6 Véanse por ejemplo las sentencias.

7 Cfr. STC 71/94 del 3 de marzo de 1994.

8 Véase CASTILLO CÓRDOBA, Juan Carlos. *La interpretación de los derechos fundamentales*, AD-HOC, Buenos Aires, 2007, pp. 100-101.

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, desnaturalizando”. 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, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”⁵.

No obstante, pese a que la teoría absoluta fue reiterada en más de una oportunidad⁶, 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 este 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”⁷.

Como mencionamos, la segunda teoría que intenta definir el contenido constitucional es la llamada subjetiva y objetiva, según se tenga

en cuenta el objeto protegido por la garantía del contenido constitucional de los derechos. La primera de las teorías propone que el objeto de protección del contenido esencial recae solo en su ámbito individual (conocido como de libertad), es decir, se trata del derecho fundamental subjetivo de cada persona con sus propias facultades de actuación. La teoría objetiva, en cambio, propone solamente la dimensión institucional de los derechos humanos, en otras palabras, que no podrá existir inconstitucionalidad en la actuación del poder público si deja a salvo el derecho fundamental considerado como institución, aunque suponga el desconocimiento total del derecho fundamental individual. No obstante, una adecuada interpretación nos lleva a concluir que todo derecho humano conlleva una dimensión tanto subjetiva como objetiva, dado que no es posible reconocer un ámbito natural de la persona en desmedro del otro⁸.

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 N° 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 esta configuración constitucional concreta se ha dejado al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el

5 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español (en adelante STC) N° 11/81 del 8 de abril de 1981.

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

7 Cfr. STC 71/94 del 3 de marzo de 1994.

8 Véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2007, págs. 225 y 226; véase además, CIANCIARDO, Juan. *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*. AD-HOC, Buenos Aires, 2007, pp. 257-259.

respeto del núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza⁹.

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

“[E]l paso del amparo alternativo al residual ha dado lugar a cierta polémica en torno a la constitucionalidad de dicho cambio, señalando que la Constitución peruana de 1993 no restringe el ejercicio de las garantías para la protección de los derechos humanos ...”

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 lo tanto, también deben de ser aplicadas¹⁰.

Finalmente, también debemos destacar que el contenido constitucional de un derecho no puede determinarse a priori, sino producto del análisis jurídico de un caso concreto. Una tarea jurisprudencial que en la jurisdicción interna, el Tribunal Constitucional sería su última instancia.

III. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 5, INCISO 2, DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos realiza precisiones para la debida interpretación del inciso 2 del artículo 5 del CPConst, el cual establece que no proceden los procesos constitucionales cuando “[e]xistan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.

Como se sabe, uno de los cambios más importantes del Código Procesal Constitucional fue optar por las acciones de garantía de naturaleza residual, descartando la alternancia que era lo que las caracterizaba desde la Constitución

peruana de 1979. El amparo se le conoce ahora en la Constitución actualmente en nuestro Código y que también es de aplicación data con la expresa excepción de las garantías: el hábeas bargo, como era de esperar, no alternativo al residual polémica en torno a la Constitución dicho cambio, señalando peruana de 1993 no restringe las garantías para la protección de los derechos humanos; en otras palabras, la interpretación del texto de la Constitución no se concluye que el Congreso optara por el ejercicio residual de garantía, sino más bien no olvidemos que se trató de un amparo y no de una enmienda constitucional.

El Tribunal Constitucional tiene como finalidad de las acciones proteger los derechos constitucionales de las cosas al estado ante una amenaza de violación de los derechos constitucionales (artículo 1 del CPC) y no la vía procesal ordinaria; por lo tanto, darse igualmente satisfactorias vías de amparo en la medida en que se alcance esta misma finalidad. Si fuere posible reponer las cosas en el estado anterior del daño o amenaza de violación de los derechos constitucionales, las vías procesales ordinarias no son igualmente satisfactorias y la vía de amparo deberá proceder.

9 Véase el Exp. N° 00004-1996-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 N° 26592; la cual reformaba la Ley N° 26300 disponiendo que para la procedencia del referéndum, “se requería de 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. Ob. cit., pp. 248-250.

10 En ese sentido véase el trabajo del profesor Luis Castillo. Ibidem, pp. 259-263.

11 Cabe señalar que la doctrina tradicional sostiene que solo podrá interponer una acción de amparo la persona titular del derecho constitucional amenazado. Véase: Palestra, Lima, 2006, p. 278.

12 Véase: STC Exp. N° 00906-2001-0001.

13 Si para muchos es solo una silla de paja, como la noche del 23 de diciembre de 1793 en el castillo de Arianes (Francia) y el segundo fue el de Gauduin y, comparada con su colega, con una silla de paja sobre la que se sentó el rey, en comparación con otras de seda en comparación con otras de oro en parte de la pared y las patas de hierro que terminan en una composición un tanto

que el carácter normativo de la Constitución hace posible que sus disposiciones no sean meramente declarativas, 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 lo tanto, también deben de ser aplicadas¹⁰.

Finalmente, también debemos destacar que el contenido constitucional de un derecho no surge a priori, sino producto del caso de un caso concreto. Una finalidad que en la jurisdicción inconstitucional sería su últi-

FINALIDAD DEL ARTÍCULO 5, DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional que realiza precisiones para la delimitación del inciso 2 del artículo 5, el cual establece que no procede el amparo constitucional cuando el procedimiento es específico, no satisfactorio, para la protección constitucional amenazado o vulnerado se trate del proceso de

uno de los cambios más importantes del Código Procesal Constitucional fue la incorporación de acciones de garantía de naturaleza constitucional, manteniendo la alternancia que era establecida desde la Constitución

vez que el Tribunal Constitucional por la sentencia que resuelve la acción de garantía de naturaleza constitucional, la Ley N° 26300 disponiendo que no se había sido rechazada por el Congreso previa de intervención del Parlamento, que la propia institución del referéndum de consulta —aunque no se diga expresamente en el art. 248-250.

peruana de 1979. El amparo residual, como así se le conoce ahora en la doctrina, es lo que rige actualmente en nuestro ordenamiento jurídico y que también es de aplicación para el hábeas data con la expresa excepción de la más vieja de las garantías: el hábeas corpus¹¹. Sin embargo, como era de esperar, el paso del amparo alternativo al residual ha dado lugar a cierta polémica en torno a la constitucionalidad de dicho cambio, señalando que la Constitución peruana de 1993 no restringe el ejercicio de las garantías para la protección de los derechos humanos; en otras palabras, de la interpretación del texto de la constitución peruana no se concluye que el Constituyente de 1993 optara por el ejercicio residual de las acciones de garantía, sino más bien por la alternancia, no olvidemos que se trató de una reforma legal y no de una enmienda constitucional.

El Tribunal Constitucional nos recuerda que la finalidad de las acciones de garantía es proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (artículo 1 del CPCConst.); de este modo, la vía procesal ordinaria solo podría considerarse igualmente satisfactoria a una demanda de amparo en la medida en que sea capaz de alcanzar esta misma finalidad. Por eso, si no fuere posible reponer las cosas al estado anterior del daño o amenaza del derecho por las vías procesales ordinarias, se entiende que no son igualmente satisfactorias y la demanda de amparo deberá proceder para la debida

protección al derecho humano¹². El Tribunal también advierte que una aplicación inflexible de este criterio podría dar lugar a que, en algunos de estos casos, la protección de los derechos fundamentales devenga ineficaz; para evitarlo, la determinación del contenido constitucional del derecho en cada caso concreto será la clave para concluir que las vías procesales ordinarias no son igualmente satisfactorias que la interposición de una acción de garantía para reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o vulneración del derecho.

IV. EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO UN CONCEPTO ABIERTO Y A DETERMINAR EN CADA CASO CONCRETO

Toda interpretación es pasible de contener un componente subjetivo. En el arte, por ejemplo, la experiencia personal que trasmite la Silla de Van Gogh a su espectador, así como las sensaciones que se producen al verla en la Galería Nacional de Londres son relativas de persona a persona¹³. En el Derecho, en cambio, la interpretación judicial debe realizarse siempre con un sentido objetivo, es decir, los jueces siempre deben interpretar la aplicación de la ley al caso concreto, sin tener un previo conocimiento de los antecedentes del caso a conocer, o ser una parte interesada en la solución, lo cual los llevaría a la obligación de inhibirse. El sentido objetivo alude a la tarea de determinar el contenido de los derechos teniendo presente un concepto abierto al momento de dar

11 Cabe señalar que la doctrina también la conoce como la excepcionalidad por subsidiariedad, es decir, que el ciudadano afectado solo podrá interponer una acción de garantía cuando no existan otras vías procesales igualmente idóneas y eficaces para la protección de su derecho constitucional; véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Palestra, Lima, 2006, p. 278.

12 Véase: STC Exp. N° 00906-2009-PA/TC, f. j. 9.

13 Si para muchos es solo una silla con colores y perspectiva singulares, para otros, quienes conocen la historia del cuadro, saben que la noche del 23 de diciembre de 1888, Paul Gauguin y Vincent Van Gogh tuvieron una fuerte discusión. El primero abandonó Arlés (Francia) y el segundo fue internado en un hospital. La Silla de Van Gogh debió realizarse al poco tiempo de marcharse Gauguin y, comparada con su compañera (la Silla de Gauguin), muestra la diferencia entre ambos talentos. Gauguin se conforma con una silla de paja sobre la que coloca su vieja pipa y rollo de tabaco; al fondo podemos contemplar una caja, en la que deja su firma, de la que salen brotes de cebolla para reafirmar su sencillez. En cambio, las pinceladas de Vincent no son tan vigorosas en comparación con otras de sus obras; sin embargo, en la zona del suelo se puede apreciar el empaste de color, igual que en parte de la pared y las patas de la silla. Respecto a los tonos utilizados, empleó sus preferidos: amarillos y azules que predominan en una composición un tanto melancólica y triste.

solución a un caso concreto y atendiendo a sus circunstancias.

Si bien el Tribunal Constitucional realiza precisiones en torno al artículo 5, inciso 2 del CPConst., cuando establece que no proceden las acciones de garantía cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho fundamental; sin embargo, el Máximo Intérprete sostiene que cuando exista oportunidad de determinar correctamente "el contenido constitucionalmente protegido del derecho, se requerirá una intervención urgente por parte de la jurisdicción constitucional en un sentido objetivo"¹⁴, planteando las siguientes cuatro hipótesis:

- a) Si en los procesos ordinarios seguidos en la judicatura se incurre en una indebida interpretación del contenido constitucional del derecho.
- b) Si para el caso concreto no se protegen los ámbitos que deberían considerarse como pertenecientes al contenido constitucional.
- c) Si se han protegido ámbitos que no debieron considerarse tutelados por la Constitución. En este caso es polémico que el Tribunal declare que puede intervenir cuando se han protegido ámbitos que no debieron considerarse tutelados por la Constitución, cuando el Máximo Intérprete es el guardián de la constitucionalidad pero no dueño y señor de la Carta de 1993; más correcto es decir que el Tribunal puede intervenir cuando las leyes, o normas con rango de ley, han brindado un mayor ámbito de protección que la Carta Magna y que no debieron considerarse.
- d) Si el asunto versa sobre la determinación del contenido constitucionalmente protegido de un derecho que no ha merecido

mayor desarrollo jurisprudencial y que, en esa medida, requiere la intervención del Tribunal Constitucional para asegurar su aplicación igualitaria y predecible por parte de la judicatura¹⁵.

Las cuatro hipótesis que señala el Tribunal Constitucional nos recuerda que el contenido constitucional de un derecho es un concepto abierto, es decir, no es concluyente, fijo, pétreo, producto de la primera sentencia que fija su contenido; todo lo contrario, se trata de un concepto abierto que se enriquecerá gracias a las nuevas circunstancias. De este modo, la determinación del contenido constitucional es una tarea de puro Derecho de los jueces cuando realizan la justicia del caso concreto.

La importancia para determinar el contenido de los derechos en los casos concretos también implica que si la violación al derecho no presentara un riesgo de daño irreparable para el demandante, con lo cual sería viable recurrir a las vías procesales ordinarias, y si a su vez no está debidamente determinado el contenido constitucional del derecho, el Tribunal Constitucional también se tornaría competente para resolver el amparo¹⁶, pese a la disposición del artículo 5, inciso 2 del CPConst; de esta manera, lo volvemos a decir, cometeríamos un error si pensamos 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 m
tenido de cada derecho
finido en la jurisprude
con carácter inmutable
judiciales, como tempo
tucional podría dejar
interpretación, u omisi
titucional de derecho e
sede judicial.

Para concluir, hemos de
no pueden realizar un
que ningún caso judic
eso, en la medida que
bunal cumplan con su
mo garante de los dere
nacional, se podrá em
te las pautas de interpre
el contenido de los d
en cada caso concreto
determinación del co
de los derechos no se
no mediante un ejerci
significan las palabras
más bien a partir de la

14 Cfr. la STC Exp. N° 00906-2009-PA/TC, f. j. 10.

15 Ibidem, f. j. 9.

16 Ibidem, f. j. 10.

17 En el mismo sentido, véase
interpretación constitucional

jurisprudencial y que, en su caso, requiere la intervención del Tribunal Constitucional para asegurar su uniformidad y predecible por parte de los ciudadanos. Como señala el Tribunal Constitucional, recuerda que el contenido de un derecho es un concepto que no es concluyente, fijo, pérenne. En la primera sentencia que fija el contenido, lo contrario, se trata de un concepto que se enriquecerá gracias a la jurisprudencia. De este modo, la interpretación del contenido constitucional es una tarea de los jueces cuantitativa y no cualitativa del caso concreto.

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 los miembros del Tribunal Constitucional cumplen 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, para la descubrir el contenido de los derechos fundamentales a través de cada caso judicial, pero siempre como un concepto de carácter abierto¹⁷.

Finalmente, una correcta interpretación del artículo 5, inciso 2 del CPConst., nos dice que dicha disposición no puede aplicarse de modo mecánico e inflexible, pues para el Tribunal Constitucional no existen zonas de indefensión para la protección de los derechos y libertades; todo lo contrario, puede corregir errores de interpretación de la judicatura; si la defensa de los derechos en sede judicial ha sido incompleta, es decir, que no se ha determinado correctamente el contenido del derecho, cuando las leyes han protegido ámbitos que no están considerados en la Constitución, cuando el juez ordinario ha resuelto más allá de lo razonable y si el derecho afectado carece de desarrollo jurisprudencial; en esos casos, el deber de los miembros del Máximo Intérprete es brindar, en el caso concreto, los alcances jurídicos necesarios para la adecuada protección de los derechos y su contenido constitucional.

¹⁷ En el mismo sentido véase: TOLLER, Fernando. "Resolución de los conflictos entre derechos fundamentales". En: AA.VV. *La interpretación constitucional*. Tomo II, Porrúa, México, 2005, p. 1253.