UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

LA TEORÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RESOLUCIONES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:
ARMANDO TRUJILLO ARMENTA

DIRECTOR DE TESIS:
DR. VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX. NOVIEMBRE 2020

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Índice

Índice 0
Introducción 1
Capítulo Primero. Génesis de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales 3
1. Alemania 1933-1935 3
1.1. 1933. El ascenso del nacionalsocialismo al poder y el antisemitismo 4
1.2. 1934. La muerte de Hindenburg y la consolidación del totalitarismo nazi ... 10
1.3. 1935. Leyes de Núremberg 11
2. 1949. Ley Fundamental de Bonn 14
2.1. El artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn y la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales 19
Capítulo Segundo. El contenido esencial de los derechos fundamentales 21
1. Derechos humanos y derechos fundamentales 21
1.2. Límites de los derechos fundamentales 30
2. El contenido esencial de los derechos fundamentales 46
2.1. Sinonimia del contenido esencial 46
2.2. Esencia y substancia 51
2.3. ¿Qué se entiende por contenido esencial de los derechos fundamentales? 53
2.4. Teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales 77
2.5. Teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales 81
2.6. El papel de los poderes legislativo y judicial frente al contenido esencial de los derechos fundamentales 84
Capítulo Tercero. Ponderación como método para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales 90
1. Reglas y principios 90
1.1. Colisión de principios 98
1.2. Ponderación y principio de proporcionalidad 101
1.2.1. Subprincipios de la ponderación 108
1.2.1.1. Idoneidad 108
1.2.1.2. Necesidad 111
1.2.1.3. Proporcionalidad en sentido estricto 114

1.2.2. Critica a la ponderación 117

Capítulo Cuarto. El contenido esencial de los derechos fundamentales y el Poder Judicial de la Federación..... 126

1.1. La reforma Constitucional sobre derechos humanos 126

1.2. El Poder Judicial de la Federación y el contenido esencial de los derechos fundamentales 133

Conclusiones..... 149

Bibliohemerografía 151

Introducción

El 12 de junio de 2011, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Derechos Humanos. A partir de ese momento, se comenzó a profundizar en los estudios sobre los derechos fundamentales en nuestro país, específicamente, sobre el contenido esencial de éstos; tema que ha sido ampliamente estudiado en países como Alemania y España, donde incluso se encuentra incorporado a su texto constitucional.

El problema al que nos enfrentamos en nuestro país, es que la figura antes mencionada es empleada en las resoluciones del Poder Judicial de la Federación, a pesar de que no existe un marco jurídico aplicable, ni libros especializados en el tema. Un claro ejemplo de esto, es que no se encuentra dentro de los planes de estudio de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, ni en la especialidad en derechos humanos del programa de posgrado de la misma facultad.

Debido a que en nuestro país no existe ningún estudio dedicado exclusivamente a este tema, se realizó una investigación doctrinal y documental con base en los estudios elaborados en España y Alemania que, como ya se mencionó, son abundantes y que sirvieron como punto de partida para comparar la teoría con la práctica en nuestro país.

En este sentido, esta investigación tiene la finalidad de analizar el origen, alcance conceptual y aplicación del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Con esta metodología se busca responder a las preguntas ¿Qué se entiende por contenido esencial de los derechos fundamentales? y ¿Cómo lo garantiza el Poder Judicial de la Federación?

La perspectiva que se adoptó para este estudio concibe a los derechos fundamentales como principios y, por tanto, nos encontramos ante la imposibilidad

de resolver los conflictos entre ellos mediante la jerarquización, como sí ocurre en el caso de las reglas.

Este trabajo se dividió en cuatro partes; el primer apartado se ocupa del origen histórico del contenido esencial de los derechos fundamentales. En segundo lugar, intentamos definir dicho contenido a partir de sus principales características y las diferentes teorías que existen al respecto. En tercer lugar, se explica al juicio de ponderación como método para garantizar dicho contenido. Finalmente, se examinaron detalladamente las resoluciones emitidas por el Poder Judicial de la Federación haciendo énfasis en la forma en que lo garantiza.

Capítulo Primero. Génesis de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales

1. Alemania 1933-1935

Este capítulo se divide en dos partes, la primera, se ocupa del estudio de la Alemania nazi de 1933 a 1935; y la segunda, se dedica a la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

En el primer apartado abordaremos los hechos más importes que dieron origen a las leyes antisemitas y su legitimación durante el régimen nacionalsocialista alemán en el periodo de 1933 a 1935, esta crónica comienza con el nombramiento de Adolf Hitler como canciller de Alemania en 1933, pasando por el incendio del *Reichstag*, que tuvo como consecuencia la emisión del Decreto para la Protección del Pueblo y del Estado; posteriormente la promulgación de la Ley Habilitante. Enseguida, se explicarán las repercusiones que tuvo la entrada en vigor de la Ley para la Restauración de la Función Pública y la Ley para la Admisión a la Profesión Legal en el adoctrinamiento de los abogados y jueces al nuevo régimen.

Subsiguientemente, en el apartado dedicado al año de 1934, se aborda la publicación y entrada en vigor de la Ley sobre el jefe de Estado del Imperio Alemán; así como la muerte del presidente Paul von Beneckendorff und von Hindenburg.

Finalmente, la narrativa histórica del año 1935 se dedica en un primer momento a los acontecimientos sociales que dieron origen a las llamadas Leyes de Núremberg, que fueron las más importantes para la limitación y desaparición de los derechos de la población judía.

1.1. 1933. El ascenso del nacionalsocialismo al poder y el antisemitismo

Adolf Hitler fue nombrado canciller por el presidente Paul von Beneckendorff und von Hindenburg[1] el 30 de enero de 1933, con la finalidad de formar un gobierno de coalición. Una de las primeras medidas solicitadas al presidente por el recién nombrado canciller fue la disolución del *Reichstag*[2], así como la convocatoria a nuevas elecciones parlamentarias que tendrían lugar el mes de marzo de ese año, para que el pueblo alemán expresara su apoyo al nuevo gobierno de coalición.

Sin embargo, la noche del 27 de febrero de ese año tuvo lugar el incendio del *Reichstag*, esa misma noche fue detenido no muy lejos del lugar un empleado de la construcción llamado Marinus Van der Luber, quien posteriormente fue encontrado culpable del incidente.

Al lugar llegaron sin demora los dirigentes nazis, y estuvieron de acuerdo en que el incendio había sido obra de los comunistas como señal para iniciar un levantamiento. Esa noche horas más tarde, en una redada se ocuparon las oficinas del partido comunista, se confiscaron sus activos y se detuvo a los dirigentes del partido, no obstante, la lista de posibles implicados abarcaba

---

[1] Militar y político alemán, último presidente de la República de Weimar. En 1911 se retiró del ejército con el rango de comandante general; pero el estallido de la Primera Guerra Mundial en 1914 lo obligó a abandonar el retiro y convertirse en comandante en jefe del octavo batallón, los éxitos que logró contra los rusos le llevaron a ser nombrado jefe del Estado Mayor en 1916. En 1925 encabezó con éxito la candidatura del bloque de derechas para la presidencia de la República. Esta información puede ser consultada en la página de “Lebendiges Museum online” (LEMO). [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2017; 20:30 Hrs.]

Disponible en: https://goo.gl/v2XjSR

[2] *Reichstag* era la forma en que se denominaba al parlamento en la República de Weimar y durante el Estado nazi, hoy en día el parlamento alemán recibe el nombre de *Bundestag*.

también a los socialdemócratas, a los pacifistas y a los escritores de izquierda que eran enemigos políticos de los nazis.[3]

La mañana del 28 de febrero se publicó el "Decreto para la Protección del Pueblo y del Estado"[4] que suspendía todas las secciones de la Constitución de Weimar que garantizaban las libertades individuales y políticas[5], este decreto fue uno de los pilares del sistema de gobierno nacionalsocialista ya que le brindaba en plena campaña electoral las facultades para cerrar las imprentas de los partidos de izquierda, así como para prohibir cualquier publicación de la oposición, interrumpir concentraciones de campaña y arrestar opositores, pues el decreto prohibía "la deslealtad frente al pueblo alemán y las actividades consideradas de traición"[6]

De igual forma, el decreto prohibía la producción, diseminación o conservación de escritos que incitaran a levantamientos o huelgas o que fueran de otro modo actos de traición, mismos que eran castigados con penas severas.

---

[3] Cfr. Müller, Ingo, *Los juristas del horror. La "justicia de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*, Trad. de Carlos Armando Figueroa, Caracas, ACTUM, 2007, pp. 40, 41.

[4] También conocido como *Reichstagbrandverordnung* o Decreto del incendio del *Reichstag*, fue firmado por el presidente Von Hindenbug con base en el artículo 48, párrafo segundo de la Constitución de Weimar que establecía: "…Cuando se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos en el imperio, el presidente, puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Con este fin puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153."

[5] Cfr. Shirer, William L., *The rise and fall of the third Reich,* New York, Simon y Shuster, 1960, p. 194.

[6] Esta regulación se publicó el día 28 de febrero de 1933, fue emitida por el Presidente Von Hidenburg junto con el Canciller Adolf Hitler y constaba de 6 artículos; en el 1° se establece la suspensión de la libertad personal; el derecho a la libertad de expresión incluida la libertad de prensa; los derechos de asociación y reunión; las intervenciones en el secreto postal, telegráfico y telefónico; las órdenes de registro, confiscación y restricciones a la propiedad hasta nuevo aviso. [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2017; 20:35 Hrs.]

Disponible en: https://goo.gl/ojHJD4

En otras palabras, se abolieron los derechos garantizados por la Constitución de Weimar, puesto que suspendió la libertad de reunión y de expresión, se autorizó la apertura de correspondencia, el registro y la detención indefinida sin orden judicial.[7]

Gracias a esto, toda oposición política fue suprimida por medios legalmente establecidos. Este fue sólo el principio de la asfixia legal que sufrirían todos los opositores a la doctrina nazi, así como las personas de origen judío; de esta forma empezó el establecimiento del régimen totalitario nacionalsocialista.

Así llegó el 23 de marzo, día en que se publicó la "Ley Habilitante de 1933" (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*) misma que proporcionó a Hitler plenos poderes dictatoriales ya que para la promulgación de leyes y presupuestos no necesitaba la participación del parlamento durante un periodo de cuatro años.[8] Esta ley fue el segundo gran pilar del gobierno nazi, sin embargo, la Constitución de Weimar nunca fue formalmente abrogada, por el contrario, Hitler basó la legalidad de su derecho en la Constitución republicana.

El Estado nacionalsocialista encabezado por Adolf Hitler se caracterizó por construir un cuerpo legal fuerte, dirigido a la supresión de las libertades y garantías ciudadanas de la población judía.

Una vez que el gobierno nazi hizo a un lado la barrera que representaba el parlamento, comenzó a promulgar leyes, basadas en la superioridad de la raza

---

[7] Cfr. Burleigh, Michael, *El tercer Reich*, Trad. De José Manuel Álvarez Flórez, Madrid, Taurus Historia, 2000, p.184.

[8] Los artículos de mayor relevancia de esta ley son los primeros tres, el artículo 1° establece una adición al procedimiento de creación de leyes establecido por la Constitución, en la cual permite al gobierno del *Reich* emitir leyes; en el artículo 2° Se prevé que las leyes emitidas por el gobierno pueden diferir de la Constitución siempre que no contradigan las instituciones del *Reichstag* y del *Reichsrat*; el artículo 3° disponía que las leyes emitidas por el gobierno debían ser promulgadas por el canciller y publicadas en el diario oficial. [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2017; 20:40 Hrs.]

Disponible en: https://goo.gl/yiQCkq

aria, que limitaban los derechos de los aún ciudadanos judío-alemanes. Ejemplos de ellas son la "Ley para la Restauración de la Función Pública" y la "Ley para la Admisión a la Profesión Legal", ambas promulgadas el 7 de abril.

La primera de ellas, cuyo título insinuaba que el funcionario y la magistratura de Weimar se hallaban contaminados de nombramientos políticos[9], concedía los puestos en el servicio público solo a personas "arias", por lo que rápidamente se cesó a los judíos que laboraban en la administración pública y que habían entrado en funciones a partir del 9 de noviembre de 1918, con lo cual perdieron el derecho a la jubilación y cualquier posibilidad de indemnización.

Sin embargo, no sólo judíos fueron cesados, sino también aquellos a los que consideraban cuestionables políticamente o como menciona la ley "who indicated that he was no longer prepared to intercede at all times for the National Socialist State."[10] es decir, a los enemigos del régimen, como socialdemócratas, comunistas, etc.; estos puestos vacantes serían ocupados con posterioridad por nacionalsocialistas o por otros funcionarios que apoyaran incondicionalmente al régimen.

Por su parte, la "Ley para la Admisión a la Profesión Legal" prohibió que los abogados judíos se apersonaran en los juzgados, por lo que se terminó vedando totalmente del ejercicio de la abogacía a los no arios y se expulsó a los jueces judíos de sus lugares de trabajo.

Aunado a lo anterior, los juristas que se encontraban fuera de los supuestos establecidos en la ley fueron forzados a unirse a la llamada "Federación de Juristas Nacionalsocialistas" en la cual fueron adoctrinados para seguir la ideología nacionalsocialista como lo menciona Michael Burleigh: "el adoctrinamiento de los jueces se iniciaba con una formación jurídica que incluía

---

[9] Cfr. Burleigh, Michael, op. cit., nota 7, p. 190.

[10] Shirer, William L., op. cit., nota 5, p. 268.

clases forzosas de ideología nazi, entrenamiento físico y participación en la vida de la gente corriente"[11]

Ingo Müller menciona un ejemplo de lo anterior: "Como claro signo de cuán lejos había llegado la 'alineación' se vio el juramento prestado ante una asamblea masiva celebrada delante del edificio de la Corte Suprema durante la primera convención nacional de juristas en Leipzig, en octubre de 1933. Allí, 10,000 juristas juraron, con sus brazos derechos alzados, en saludo nazi, con las siguientes palabras: 'como juristas alemanes nos empeñaremos en seguir la ruta trazada por usted, nuestro Führer, hasta el final de nuestros días'".[12]

La idea del gobierno nazi era la creación de un derecho para el pueblo alemán, cuyo contenido debía ser alemán y adecuado a la esencia alemana, esto debido a que el pensamiento judío había influenciado la doctrina jurídica, la legislación y la jurisprudencia.[13]

Para Helmut Nicolai “Sólo el nórdico puede ser juez, legislador, conductor de la comunidad de los partícipes del pueblo.”[14] Esto se debe, según lo explica en su libro *La teoría del derecho conforme a la ley de las razas*, a que el derecho es una capacidad congénita de sentir, ponderar, de saber cómo conducirse correctamente para preservar la paz y el orden de la comunidad. Esta capacidad le fue transmitida a los nórdicos como legado de sus ancestros, provenía de los mismos dioses del derecho, no es un saber aprendido, es un talento de la sangre, por ello no cualquiera puede conocer el derecho, solamente los de raza pura, es decir, los que tienen un árbol genealógico sin contaminación.

---

[11] Burleigh, Michael, op. cit., nota 7, p. 201.

[12] Müller, Ingo, op. cit., nota 3, p 51.

[13] Cfr. Nicolai, Helmut, *La teoría del derecho conforme a la ley de las razas: Lineamientos de una filosofía jurídica nacionalista*, Trad. de E. Raúl Zaffaroni, con la colaboración de Fernando Arnedo, Andrea Bartos y Graciela Otano, 1ª ed. en español, Buenos Aires, CLACSO, 2015, p. 46.

[14] Ibídem, p. 55.

Además, este autor considera que en los derechos antiguos el hombre era evaluado por su linaje, por lo cual aquellos de linaje puro tenían derechos plenos que recibían a través de un legado natural, no por autorización sino como una característica personal.[15]

En este orden de ideas y para proteger a los jóvenes de una posible contaminación racial se establecieron restricciones en las escuelas y universidades a los alumnos judíos, ya que se estipuló un *numerus clausus* (un número limitado de plazas en una institución) sobre los alumnos que se permitía tener inscritos.

Esta exclusión proviene de la Ley Contra la Sobrepoblación de las Escuelas e Institutos Superiores alemanes, publicada el 22 de abril de 1933, cuyo primer artículo establecía "*students of german descent and mother tongue, fully registered with a scientific Universiti shall constitute the student-body of such university, regardless of their citizenschip"*[16]

Las escuelas alemanas fueron adecuadas al pensamiento del nuevo régimen, los libros de texto fueron apresuradamente reescritos, las currículas de las materias fueron modificadas y *Mein Kampf* se convirtió en la infalible guía pedagógica. La enseñanza de las ciencias raciales exaltaba a los alemanes como la raza superior y a los judíos como los creadores de todo mal en el mundo.

Muchos de los profesores fueron enviados a escuelas especiales para incrementar su ideología bajo una intensiva instrucción de los principios del nacionalsocialismo, enfatizando las doctrinas raciales de Hitler.[17]

---

[15] Cfr. Ídem, pp. 55 y 56.

[16] "Historia Virtual de Holocausto, El genocidio nazi cometido contra la población judía entre 1933 y 1945". [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2017; 20:45 Hrs.]

Disponible en https://goo.gl/k7D4Nf

[17] Cfr. Shirer, William L., op. cit., nota 5, pp. 249, 250

Para ese momento el antisemitismo ya no era una idea marginal, puesto que se convirtió en la doctrina oficial del Estado Nacionalsocialista y constituyó la idea central del Tercer *Reich*.

1.2. 1934. La muerte de Hindenburg y la consolidación del totalitarismo nazi

El presidente Hindenburg muere a los ochenta y siete años el 2 de agosto a las nueve de la mañana. Tres horas después de su muerte se anunció la Ley sobre el Jefe de Estado del Imperio Alemán[18],que se promulgó el 1 de agosto de 1934 y que suprime los vestigios que se conservaban de la separación de poderes; asimismo reúne en Hitler la figura de presidente y canciller, con ello se convierte en Jefe de Estado y Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. De igual forma, el título de *Präsident* se cambió por el de *Führe*r que recaía en Hitler.

Lo anterior estaba establecido en el artículo 1° de la ya mencionada ley, que a la letra establece: *Das Amt des Reichspräsidenten wird mit dem des Reichskanzlers vereinigt. Infolgedessen gehen die bisherigen Befugnisse des Reichspräsidenten auf den Führer und Reichskanzler Adolf Hitler über. Er bestimmt seinen Stellvertreter.*[19]

De igual manera, en su artículo 2° establece lo siguiente: *Dieses Gesetz tritt mit Wirkung von dem Zeitpunkt des Ablebens des Reichspräsidenten von Hindenburg in Kraft*.[20]

De esa forma Adolf Hitler había unificado las funciones del Estado en su persona, desde ese momento el Poder Ejecutivo y Legislativo encarnaban en él, y el Poder

---

[18] Ibídem, p. 226.

[19] Traducción libre del autor: “El cargo de presidente del Reich se unifica con el del canciller del Reich. En consecuencia, los antiguos poderes del presidente pasan al Führer y canciller Adolf Hitler. Él determina a su sucesor."

[20] Traducción libre del autor: “Esta ley entra en vigor a partir de la muerte del presidente Von Hindenburg”

Judicial estaba lleno de jueces partidarios del nacionalsocialismo, por lo que la dictadura nazi se encontraba completa.

1.3. 1935. Leyes de Núremberg

Menciona Michael Wildt que "*The fear of 'mixing blood' and 'racial defilement' has existed ever since the biological racial model gained popularity and Europeans began to define themselves as 'white' in opposition to 'black', 'red', 'brown', and 'yellow' people.*"[21]

Desde principios de los años treinta existió un consenso nacional en favor de eliminar la influencia judía de la vida alemana, sin embargo, existía una cierta diferencia entre medios y fines combinada con la diferencia entre el antisemitismo abstracto y el antisemitismo concreto. El antisemitismo tradicional (abstracto), era tendiente a la eliminación de lo esencialmente judío, mas no a la eliminación de individuos judíos, esta ambigüedad explica cómo un gobierno antisemita tuvo tanto apoyo de la población.[22]

El antisemitismo fue central en la propaganda nazi, tan es así que cada alemán identificaba al régimen con el interés nacional; fue de este modo que se justificó la segregación de los judíos.

El miedo a la mezcla de sangre y a la profanación de la raza le dio soporte político a la Gestapo, que a principios de 1935 pretendía implementar la prohibición de matrimonios entre personas judías y no-judías.

En los primeros meses de 1935, según narra Michael Wildt, el periódico *Der Stürmer* publicó un artículo con el nombre de *racial defilement in Breslau*. Poco después el periódico de nombre *Schleisische Tageszeitung* comenzó a publicar

---

[21] Wildt, Michael, *Hitler´s Volksgemeinschaft and the dynamics of racial exclusion*, Trad. de Berbard Heise, Berghahn, 2014, p.165.

[22] Cfr. Grunberger, Richard, *A social history of the third Reich*, Great Britain, Penguin books, 1971, p. 578.

una serie de artículos sobre el tema *at the pillory*, en los cuales mujeres no-judías eran denunciadas de tener relaciones íntimas con judíos, en estas acusaciones se mencionaba su nombre y dirección.

En adición a lo anterior, se organizaban procesiones cada domingo alrededor de medio día, en las que los nombres de esas mujeres eran pronunciados en voz alta y una lista de ellos era pegada en una vieja picota[23] y resguardada por la SA [24] para que nadie pudiera removerla.

Por otro lado, "El programa del NSDAP del 20 de febrero de 1920, contiene una serie de exigencias políticas encaminadas a realizarse mediante su regulación legal, como por ejemplo la limitación de los derechos de ciudadanía a los partícipes del pueblo alemán y la prohibición de no incorporar a no alemanes a la ciudadanía." [25]

Con base en estos antecedentes, Hitler aprovecho la convención del NSDAP del 15 septiembre de 1935 para privar a los judíos de su nacionalidad y de cualquier esperanza de protección legal.[26]

El *Reichstag* se reunió las pocas veces que Hitler lo ordenó, el 15 de septiembre fue una ocasión especial ya que ese día se aprobaron las llamadas "Leyes de Núremberg". Estas leyes eran "La Ley para la Protección de la Sangre y el Honor

---

[23] Las picotas son columnas de piedra sobre las cuales se exponían a los reos. Michael Wildt explica: "The "pillory" is recorded throughout Europe since the twelfth century as the most common form or honor punishment of the Middle Ages. It probably had its origins in Church penance, by which the sinner, often wearing a hair shirt, publicly performed penance with the framework of the Holy Thursday liturgy and thereby asked for forgiveness." Wildt, Michael, op., cit., nota 21, p. 182.

[24] *Sturmabteilung* eran el grupo de choque del NSDAP, se caracterizaban por usar camisas pardas que los diferenciaban de las SS, que llevaban uniformes negros y camisas blancas.

[25] Nicolai, Helmut, op. cit., nota 13, p. 41. Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei en español Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán.

[26] Cfr. Craig, Gordon A., *Germany 1866-1945,* Glasgow, Oxford, 1978, p. 634.

Alemán", "Ley de Ciudadanía del Reich" y la primera regulación de la "Ley de Ciudadanía del Reich"

El preámbulo de la primera de ellas establecía:

"Completamente convencido de que la pureza de la sangre germana es esencial para la ulterior existencia del pueblo alemán, e inspirado por la determinación inflexible de salvaguardar el futuro de la nación alemana, el Parlamento ha resuelto unánimemente sobre la siguiente Ley, la cual es junto con esto promulgada."[27]

En el contenido de la transcripción se nota la influencia de la teoría de las razas a la que se refiere Helmut Nicolai, quien piensa que los alemanes son los descendientes del dios *Ziu*[28], y pueden remontar hasta él su linaje, pues tienen la misma sangre, es por ello que honrar a los padres se vincula estrechamente con el culto a los antepasados y la honra a los dioses celestiales. Por este motivo, la sangre debe ser continuada por el hijo y habrá de legarse a los más lejanos descendientes.

Por todo lo anterior era importante la conservación de la clase, ya que esa era la razón de que en todos los ordenamientos jurídicos nórdicos dominara el principio de igual categoría, pues sólo aquellos hombres y mujeres nórdicos pueden engendrar hijos nórdicos de la misma clase que los antepasados y los dioses. Por

---

[27] "Historia Virtual de Holocausto, El genocidio nazi cometido contra la población judía entre 1933 y 1945", op. cit., nota 16, [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2017; 20:50 Hrs.]

Disponible en: https://goo.gl/k7D4Nf

[28] "…la divinidad de los antiguos nórdicos, dios del cielo y de la guerra, a veces confundido con Odin o Wotan." Nicolai, Helmut, op. cit., nota 13, p. 52.

También conocido como "Tyr o Tir (germanos escandinavos). - Dios de la sabiduría, de la fuerza y de la guerra. Hijo de Odín y de Frigg…, Entre los antiguos germanos, el dios tuvo culto bajo el nombre de Ziu…" Sechi Mesticap, Giuseppina, "*Diccionario akal de mitología universal*", Trad. de Mary-Pierre Bouyssou y Marco Virgilio Garcia Quintela, España, Rusconi, 1990, p. 266.

tanto, el pueblo era la máxima unidad biológica que servía para preservar su cometido vital, y por ello el derecho proviene de esa comunidad de sangre (*Volksgemeinschaft*). En función de ella el derecho era válido siguiendo la máxima "a igual sangre igual derecho". Aquellos que no pertenecían a dicha comunidad no tenía los mismos derechos, ni la misma igualdad de clase.[29]

Ese era el fundamento que legitimaba las restricciones legales contenidas en la legislación antisemita nazi. La distinción de razas por medio de la sangre dio como resultado que los judíos quedaran reducidos a cosas después de las "Leyes de Núremberg", ya que perdieron la ciudadanía y la capacidad política para tomar parte en las decisiones del Estado, así como la posibilidad de obtener un cargo público por no pertenecer a la raza "Aria"; del mismo modo dichas leyes dieron una definición legal de "judío", a quienes les prohibió el matrimonio con personas de sangre pura.

La segregación de la comunidad judía en Alemania se manifestó claramente. Las piscinas les cerraron las puertas, igualmente en las playas se podían ver letreros que decían: "los judíos no deben bañarse ni tan siquiera mostrarse."[30]

Desde ese momento los judíos quedaron desprotegidos jurídicamente contra los abusos del Estado Nacionalsocialista; posteriormente al término de la Segunda Guerra Mundial el mundo se enteraría de las atrocidades cometidas en su contra en los campos de concentración y exterminio.

2. 1949. Ley Fundamental de Bonn

En este apartado analizamos la Ley Fundamental de Bonn, en primer lugar se responde a la pregunta ¿por qué Ley Fundamental y no Constitución?, posteriormente se exponen sus características e importancia y finalmente, en la última parte de este capítulo se explica el contenido del artículo 19.2 de la Ley

[29] Cfr. Nicolai, Helmut, op. cit., nota 13, pp. 51-59.

[30] D´Almeida, Fabrice, *El pecado de los dioses. La alta sociedad y el nazismo*, Trad. de Núria Petit y Naomi Ruiz de la Prada, España, Taurus, 2008, p. 139.

Fundamental que contiene la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.

En 1945 con el fin de la Segunda Guerra Mundial y la derrota del régimen Nazi, se dieron a conocer las conductas cometidas en contra de la población judía bajo el cobijo de la legislación antisemita; es en esta época en la que el aparato estatal se derrumbó y todo poder del Estado pasó a manos de las fuerzas de ocupación. [31]

En este orden de ideas, el 1° de julio de 1948 se convocó a una asamblea constituyente, a la que se le denominó Consejo Parlamentario, que se constituyó por 65 delegados y se encontraba presidido por el Dr. Konrad Adenauer.[32]

Cabe mencionar que este consejo se instauró por instrucción del mando militar de las zonas de ocupación estadounidense, británica y francesa. El 1° de septiembre de ese mismo año comenzó la redacción de la Ley Fundamental, misma que fue aprobada el 8 de mayo de 1949; y el día 12 del mismo mes y año fue ratificada por los gobernadores militares y por los parlamentos de los estados federados (*Länder*)[33]

---

[31] Cfr. Waltner, Georg, "Principios de la Constitución de la República Federal de Alemania. Historia, desarrollo y desafíos del presente", trad. de Enrique Amione Gibson, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, N° 7, 1983, p. 73.

[32] Konrad Adenauer es el primer Canciller Federal de la República Federal de Alemania de 1949 a 1963. Durante el nacionalsocialismo, fue relevado de su cargo como alcalde de Colonia y arrestado temporalmente. Después de la guerra, Adenauer fue uno de los fundadores de la Unión Demócrata Cristiana (CDU) y dio forma decisiva a la política de la posguerra en Alemania. Es el canciller fundador de la República Federal Alemana. Las medidas de su periodo como canciller determinan hasta hoy la estructura interior y la orientación de la política exterior de la República Federal Alemana. "Lebendiges Museum online" (LEMO) [fecha de consulta: 15 de enero de 2018; 21:00 Hrs.]

Disponible en: https://goo.gl/Zudsqu

[33] Cfr. Unger, Mark, "Sesenta años de la ley fundamental alemana- de un provisorio con una larga vida", *Estudios constitucionales*, Chile, año 7, n° 2, 2009, p.303.

Los *Länder* a los que se hace referencia son: Baden-Wurtemberg, Baja Sajonia, Baviera, Berlín, Brandeburgo, Bremen, Hamburgo, Hesse, Mecklemburgo-Pomerania Occidental,

El Consejo Parlamentario promulgó la Ley Fundamental Alemana el 23 de mayo de 1949, y entró en vigor ese mismo año en las tres zonas de ocupación occidentales y en la parte occidental de Berlín.[34]

Menciona Dieter Grimm que:

> No se convocó una asamblea constituyente producto de unas elecciones, sino un Consejo Parlamentario mandatado por los Länder. El documento acordado por dicho Consejo no recibió el nombre de Constitución, sino de Ley Fundamental. El preámbulo subrayaba que se trata de una ordenación

---

Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Sarre, Schleswig-Holstein y Turingia. De estos sólo un estado, el de Baviera, rechazo la ratificación y después de muchas horas de debate solicitó mayores competencias para los estados federados y un mayor anclaje de la iglesia en la Ley Fundamental, sin embargo, el “no” no fue tan rotundo porque en esa misma sesión se acordó que la Ley fundamental entraría en vigor si dos tercios de los estados la ratificaban. Cfr. ibídem. 304.

[34] Un año antes del fin la Segunda Guerra Mundial, el 12 de septiembre de 1944, la Comisión Consultiva Europea*, formada por Gran Bretaña, la Unión Soviética y los Estados Unidos, firmó el Protocolo de Londres, en el que se establecía la división de Alemania en zonas de ocupación. Dicho protocolo determinó que el territorio de Berlín sería conjuntamente ocupado por las Fuerzas Armadas de Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética, sin embargo, en el Protocolo adicional del 14 de noviembre de 1944, se aclara que esa ocupación se realizaría "...para dirigir conjuntamente la administración del territorio de Berlín”. Para el 26 de junio de 1945 se adicionó dicho protocolo y se estableció que Francia participaba con igualdad de derechos en la administración conjunta del territorio ocupado. El territorio se dividió en dos sectores: el occidental que estaba ocupado por norteamericanos, británicos y franceses, y el oriental ocupado por los soviéticos. Cfr. J de Irazazábal, Pablo, “Muro de Berlín Los orígenes: el Protocolo de Londres y la Conferencia de Potsdam 1945: El reparto de Alemania y Berlín entre los Aliados” *Periódico el mundo*. [fecha de consulta: 15 de enero de 2018; 21:30 Hrs.]

Disponible en: https://goo.gl/F3cbwi

* Los trabajos de la Comisión se centraron sobre el problema alemán, fundamentalmente la situación en que quedaría este país al finalizar la guerra.

para el tiempo de transición que mediara hasta la consecución de la unidad nacional y estatal.[35]

Esta Ley Fundamental debe comprenderse como una reacción a la Constitución de Weimar y el poder del nacionalsocialismo que se erigió acorde a las reglas constitucionales de aquel momento; menciona Waltner Georg que:

> …los hombres estaban aún bajo la impresión directa de la vivencia de esta catástrofe, de un estado que:

- había reducido el valor del individuo respecto del significado de las funciones que a él tocarían en la sociedad;
- de un Estado que no toleraba oposición a sus formulaciones de fines políticos, y que respondía a toda contradicción con un aniquilamiento moral y aun físico;
- de un Estado que había apreciado el poder más que el Derecho, y que consideraba la violencia como un medio legítimo, y
- de un Estado que no reconocía defensa –judicial o de otro tipo- contra el poder que ejercía.[36]

De igual forma explica Mark Unger que:

> El Consejo Parlamentario utilizó la expresión 'Ley Fundamental' en vez de 'Constitución' para dejar claro el carácter provisional de ésta debido a la separación de Alemania y el deseo de que con la unificación, la Ley Fundamental como constitución provisional fuera sustituida por una

[35] Grimm, Dieter, “Identidad y transformación: la ley fundamental en 1949 y hoy” trad. de I. Gutiérrez Gutiérrez, *Teoría y realidad constitucional*, n° 25, 2010, p. 265.

[36] Waltner, Georg, op. cit., nota 31, p. 73.

constitución decidida y adoptada por todo el pueblo alemán en libre decisión.[37]

La Ley Fundamental representaba la solución propia de una moderna Constitución democrática y evitaría en lo posible los errores cometidos en el pasado debido a que se dio mayor peso a las instituciones federales y a la división de poderes, al mismo tiempo que se abandonó el militarismo y centralismo.[38]

Lo que se concibió como una solución temporal a los problemas de una época se ha desarrollado de modo tan prolífico que es considerada la Constitución más liberal, exitosa y estable de la historia alemana; ya que se basa en un momento tan traumático para ese país que se desarrolló en ella un Estado social-demócrata que enfatizaba el Estado de derecho.[39]

De esta forma, la protección y garantía de los derechos fundamentales cobró gran relevancia en la Ley Fundamental, ya que su aspecto central es el ser humano y su dignidad.[40]

Es preciso mencionar que en la Constitución de Weimar los derechos fundamentales solo tenían efectos frente a la función administrativa, sin vincular a la función legislativa; por el contrario, en la Ley Fundamental estos derechos

---

[37] Unger, Mark, op. cit., nota 33, p.306.

Artículo 146 de la Ley Fundamental: "La presente Ley Fundamental que, después de haberse consumado la unidad y la libertad de Alemania, es válida para todo el pueblo alemán, perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que hubiera sido adoptada en libre decisión por todo el pueblo alemán."

[38] Cfr. Arntz, Helmut, *Alemania hoy,* Alemania, Oficina de prensa e información del Gobierno Federal, 1967, p. 274.

[39] Cfr. Unger, Mark, op. cit., nota 33, p. 302.

[40] Artículo 1 inciso 1 de la Ley Fundamental establece: "La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público."

vinculan a todas las funciones del Estado, es decir, a la administrativa, legislativa y judicial.[41]

Es por la razón anterior que estos derechos han sido diseñados como derechos subjetivos exigibles ante los tribunales, ya que el ciudadano tiene la capacidad de reclamar ante la autoridad competente el cumplimiento o respeto de los mismos, por lo que su protección va más allá de la formulación de buenas intenciones.

Como ya se mencionó la Ley Fundamental se concibió como un documento temporal para el pueblo alemán hasta que se diera la unidad del Estado, misma que se concretó después de la caída del muro de Berlín con la adhesión de cinco estados orientales, sin embargo, gracias a la aceptación y reconocimiento que ha tenido por parte del pueblo alemán no ha sido sustituida por una Constitución.

2.1. El artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn y la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales

El artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana de 1949 contiene una garantía trascendental en materia de derechos fundamentales que se denomina "garantía del contenido esencial" en alemán *Wessensgehaltsgarantie* que limita principalmente la competencia que tiene el legislador para limitar estos derechos ya que en ningún caso se puede afectar el contenido esencial de los mismos.[42]

Mencionan Teodoro Ribera Neumann y Marcelo Villagrán Abarzúa que:

> Ha sido así, como distintas instituciones jurídicas han cruzado las fronteras con resultados bastante auspiciosos. En algunos casos no se trata de grandes lineamientos, sino que situaciones bastante prácticas y que pueden llegar a tener relaciones con la organización del Estado, tales como el voto

[41] Artículo 1 inciso 3 de la Ley fundamental que establece: "Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable."

[42] Artículo 19. (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

constructivo de no confianza, la existencia del contenido esencial de los derechos, la exigencia de que los partidos políticos practiquen también internamente la democracia, etc.[43]

El contenido esencial de los derechos fundamentales es, entre otras, una garantía constitucional que ha traspasado las fronteras de Alemania para ser adoptada por otros países como Grecia, España y Portugal. Sobre este respecto señalan Teodoro Ribera Neumann y Marcelo Villagrán Abarzúa que: "Es igualmente destacable que la esfera de las garantías individuales, consagrada en España gracias a la influencia de la Constitución de Alemania de 1949, se contemple el respeto de los derechos en su esencia (*Wessensgehaltsgarantie*) y la garantía institucional."[44]

Además, la influencia de la Ley Fundamental alemana ha llegado de forma directa e indirecta a los países latinoamericanos, encontrando mención sobre la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en países como Colombia, Chile y México, sólo por nombrar algunos ejemplos.

En conclusión, la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales surge como respuesta al pasado histórico alemán, con la finalidad de evitar que sucesos como los ocurridos se repitan en el futuro.

---

[43] Ribera Neumann, Teodoro y Villagrán Abarzúa, Marcelo, "60 años de la Constitución de la República Federal de Alemania. Algunas referencias de su influencia en Chile", *Revista de derecho público*, Chile, vol. 71, 2009, p. 33.

[44] Ibídem, p. 36.

Capítulo Segundo. El contenido esencial de los derechos fundamentales

Este capítulo se divide en dos partes, la primera de ellas, se ocupa del estudio de los derechos humanos y los derechos fundamentales; y la segunda parte se dedica al contenido esencial de los derechos fundamentales.

El primer apartado se aborda como una introducción al tema de los derechos humanos y fundamentales, por lo cual, comienza con la diferenciación terminológica entre éstos, esta comparación se realiza describiendo las principales características de ambos, por un lado, la moralidad que representan los derechos humanos, y por otro, la positivación, generalidad, ambigüedad y la doble dimensión de los derechos fundamentales.

Posteriormente, se trata el tema de la limitación de los derechos fundamentales, para lo cual se explican las teorías externa e interna de los límites; para finalizar con el tema de la reserva de ley.

1. Derechos humanos y derechos fundamentales

Este apartado comienza con las diferentes definiciones y características de los derechos humanos, posteriormente, se le da el mismo tratamiento a los derechos fundamentales, a continuación, se responde a la pregunta ¿son los derechos fundamentales absolutos o limitables? Una vez que se le da respuesta a esta interrogante se abordan las teorías externa e interna sobre la limitación de estos derechos y finalmente se trata el tema de la reserva de ley.

Para comenzar es importante mencionar que una de las características principales de los Estados modernos es el reconocimiento de que todo ser humano, es titular de derechos humanos, éstos no dependen de su reconocimiento por el Estado ni son concedidos por él; mucho menos dependen de la nacionalidad o cultura a la cual se pertenezca, es decir, que son derechos universales que corresponden a toda persona.

La Unión Interparlamentaria en colaboración con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos define a los derechos humanos en el Manual para Parlamentarios N° 26 de la siguiente forma:

> Los derechos humanos son derechos inherentes a todas las personas. Definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente el Estado.
>
> Delimitan el poder del Estado y, al mismo tiempo, exigen que el Estado adopte medidas positivas que garanticen condiciones en las que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos.[45]

Igualmente, se considera que los derechos humanos tienen un carácter universal y absoluto, natural y preestatal, pues, son innatos, pertenecientes al hombre por el simple hecho de serlo e independientemente de alguna voluntad, por lo que son anteriores y superiores a cualquier autoridad política.[46]

En el mismo tenor, se puede afirmar que la fórmula “derechos humanos” es la más usual para denominar a los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a las exigencias básicas de dignidad, libertad e igualdad de la persona que no ha alcanzado un estatuto jurídico positivo.[47]

Pérez Luño los define como: “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la

---

[45] Unión Interparlamentaria y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Manual para Parlamentarios N° 26*, Courand et Associés, 2016, p. 19.

[46] Cfr. Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Contenido esencial de los derechos fundamentales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Madrid, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, 2003, p. 13.

[47] Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 40.

igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional."[48]

Del mismo modo, Gonzalo Aguilar Cavallo cita a Garrido Gómez quien explica que:

> El termino derechos humanos es el más tradicional en el uso referido a los derechos positivados que, en el plano internacional, se traducen en exigencias morales o naturales reclamadas como derechos básicos e, incluso, es el vocablo que se usa para hacer alusión a las exigencias que, con determinadas condiciones y relacionadas con la dignidad, la igualdad y la libertad de la persona, aún no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo.[49]

Aunado a lo anterior Goodwin, quien es citado por Bagre Camazano, ha dicho que: "…los derechos humanos son exigencias morales para dar cierto tratamiento a todos los seres humanos, y este tipo de exigencias sólo es observable a través de la conciencia cuando aquellos se convierten en leyes."[50]

Por lo cual, es posible considerar a los derechos humanos como derechos naturales, innatos al hombre y de contenido moral que tienen una especial relevancia para la convivencia en sociedad. Este carácter de derechos morales proviene del hecho de que estos derechos no cuentan para su protección con medios procesales para que los jueces los hagan valer, de la misma forma, se consideran como morales ya que solamente sirven como criterios orientadores, sin tener como característica la obligatoriedad.

---

[48] Pérez Luño, Antonio Enrique, op. cit., nota 47, p. 46.

[49] Aguilar Cavallo, Gonzalo, "Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿una distinción válida en el siglo XXI?, *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, nueva serie, año XLIII, núm. 127, enero-abril de 2010, p. 10.

[50] Bagre Camazano, Joaquín, *Los límites de los derechos* fundamentales, Madrid, Dyckinson, 2004, p.27.

Menciona Martin Borowski que: “Los derechos humanos son derechos morales. Estos derechos tienen validez solamente en razón de su corrección material.”[51]

Además, se sostuvo que los derechos humanos al estar tan íntimamente ligados con la naturaleza humana eran derechos de carácter absoluto.[52]

A continuación se habla respecto a los derechos fundamentales, en primer lugar es posible afirmar que el constitucionalismo moderno no sería lo que es sin los derechos fundamentales, este término aparece en Francia, *droits fondamentaux,* hacia el año 1770 junto con el movimiento político y cultural que produjo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1778, ésta expresión alcanzó gran relieve en Alemania, lugar donde se les denomina *Grundrechte*, donde se articuló, en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, como el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, como fundamento de todo orden jurídico y político. [53]

En este sentido, con la expresión derechos fundamentales se enuncian los derechos positivados a nivel interno; menciona Pérez Luño que con esta expresión: “…se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.”[54]

En el plano jurídico-positivo dicha expresión se usa para referirse a un determinado tipo de atributos legales conferidos por una ley, que no es cualquier ley, sino la Constitución, son las libertades fundamentales que, convertidas en leyes ordinarias, en derechos de libertad, de señorío o de pretensión, viven a

---

[51] Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Colombia, Universidad Externado de Colombia,2003, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, p. 18.

[52] Cfr. Bagre Camazano, op. cit., nota 50, 2004, p.4.

[53] Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, op. cit., nota 47, p. 15 y 25.

[54] Ibídem, p.42.

través y en virtud de la legalidad sin la cual resultan impracticables. Por lo que son derechos de acción constitucional, jurisdiccional o administrativa con cuyo ejercicio se trata de asegurar la efectividad de un derecho consagrado en la Constitución y en la ley, ya sea porque el primero haya sido vulnerado en términos generales o porque se haya lesionado el segundo de manera particular.[55]

Es por esto que Prieto Sanchís menciona: “La especial posición que ocupan los derechos fundamentales en el Estado Constitucional se manifiesta en un esfuerzo de sus garantías o de su resistencia jurídica frente a eventuales lesiones originadas en la actuación de los poderes públicos…”[56]

En el mismo sentido, Villaseñor Goyzueta menciona que: “El carácter fundamental de ciertos derechos se traduce jurídicamente en su especial resistencia frente a las decisiones de los órganos políticos, de reconocimiento constitucional.”[57]

Además de estar establecidos en la Constitución menciona Borowski que estos derechos son: "...de formulación breve y por lo regular carente de una forma precisa..."[58] es decir, que su formulación es muy general y se encuentra redactada de forma vaga por lo cual su contenido es ambiguo.[59]

También, menciona Lorenzo Rodríguez-Armas, al citar la “Teoría de la Constitución” de Carl Schmitt, que:

---

[55] Cfr. Muñoz Arnau, Juan Andrés, Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español, España, Aranzadi, 1998, pp. 27-29.

[56] Prieto Sanchís, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Pensamiento constitucional*, año VIII, núm. 8, 2002, p. 70.

[57] Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, op. cit., nota 46, pp. 18 y 19.

[58] Borowski, Martin, op. cit., nota 51, p.19.

[59] Sobre el tema de generalidad y ambigüedad de los derechos fundamentales se habla con mayor énfasis en el capítulo tercero de este trabajo.

> Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre, y por cierto, derechos que él tiene frente al Estado. Todos los derechos fundamentales auténticos son derechos fundamentales absolutos, esto es, no se garantizan "con arreglo a las leyes"; su contenido no resulta de la ley, sino que la injerencia legal aparece como excepción, y, por cierto, como excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales.[60]

Todos los derechos fundamentales cuentan con un ámbito doble en su contenido constitucionalmente protegido, uno objetivo, también llamado institucional, que obliga, a los poderes públicos a realizar acciones en mayor medida positivas con la finalidad de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de éstos en la realidad, y otro subjetivo que contiene las facultades de acción que el derecho da al titular y que exige a los poderes públicos la abstención para que dichas facultades se realicen sin mayor obstáculo que el respeto a los derechos de terceros.[61]

De esta forma, se habla de la doble dimensión de los derechos fundamentales, es decir, a la dimensión objetiva y subjetiva que estos tienen, en la primera se dice que: "Los derechos fundamentales son componentes básicos de todo ordenamiento jurídico. En razón de que ostentan la máxima jerarquía en el derecho…"[62] en este sentido, nos referimos a que estos derechos son instituciones objetivas del sistema jurídico.

No debemos olvidar que los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con la que cuentan los individuos en un Estado de derecho, de que tanto el sistema político como el jurídico se orientan al respeto y promoción de la

---

[60] Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución española*, Granada, Comares, 1996, p. 180.

[61] Cfr. Castillo Córdova, Luis, "Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales, *Revista de derecho*, núm.3, p. 41.

[62] Cfr. Borowski, Martin, op. cit., nota 51, p. 19.

persona, tanto en su dimensión individual como en la dimensión social y colectiva de la vida humana, es por esto, que estos derechos se presentan como un conjunto de valores objetivos básicos o fines directivos de la actuación de los poderes públicos.[63]

Así las cosas, se puede afirmar como lo hace el Tribunal Constitucional español en la sentencia STC 25/1981 en el fundamento jurídico 5, lo siguiente: "...(Los derechos fundamentales) son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de derecho..."[64]

De igual manera, el mismo Tribunal en la STC 53/1985 en el fundamento jurídico 4 establece: "...los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política..."[65]

Por su parte, la característica de los derechos fundamentales como derechos subjetivos es que los titulares tienen la posibilidad de hacerlos efectivos ante los tribunales. Por ello y siguiendo a Borowski, quien menciona que: "…la Constitución incluye una disposición que enuncia qué derechos pueden defenderse por parte del ciudadano mediante la acción de tutela."[66]

---

[63] Ibídem, pp. 16 y 17.

[64] STC 25/1981, f.j.5.

[65] STC 53/1985, f.j.4.

[66] Borowski, Martin, op. cit., nota 51, p. 34.

De esta manera, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los individuos, así como las relaciones entre sí, lo mismo que sus relaciones con el Estado, por lo cual la actuación de los poderes públicos tiene como fin promover las condiciones para que la libertad e igualdad entre los individuos sean reales y efectivas, además, de remover los obstáculos que impidan su plenitud.[67]

De la misma forma, Villaseñor Goyzueta menciona que: "derechos fundamentales son los derechos subjetivos anteriormente identificados, en cuanto encuentran reconocimiento en las Constituciones y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica."[68]

Siguiendo la misma línea argumentativa, el Tribunal Constitucional español en la sentencia STC 25/1981 establece: "...los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un ´status´ jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia."[69]

Igualmente, el fundamento jurídico 4 de la sentencia STC 53/1985 establece que: "la doctrina ha puesto de manifiesto-en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales (...) incluyen (...) derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales."[70]

Menciona Castillo-Córdova que:

> La consecuencia inmediata y más importante de esta doble dimensión es vincular ya no sólo negativamente mediante la obligación de abstención al

[67] Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, op. cit. nota 47, pp.18 y 19.

[68] Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, op. cit., nota 46, p. 16.

[69] STC 25/1981, f.j.5.

[70] STC 53/1985, f.j.4.

> Poder público a los derechos fundamentales (como exigencia del ámbito subjetivo que más bien requiere de la existencia de una esfera de libertad sin inferencia estatal de ningún tipo), sino también vincularlo positivamente (acciones positivas e incluso prestacionales) a fin que se haga realidad la plena vigencia de los derechos fundamentales.[71]

En este sentido, se puede afirmar que los derechos fundamentales son, en primer lugar, derechos humanos positivados, de manera general, en las constituciones, por lo cual tienen un importante papel en el sistema jurídico nacional y son la base de la relación existente entre el Estado y el individuo (dimensión objetiva), el primero que en todo momento debe respetar los derechos fundamentales reconocidos por su Constitución, y el segundo que tiene la capacidad y la facultad de hacerlos valer frente al Estado (dimensión subjetiva).

En segundo lugar, también se habla de la metajuridicidad de los derechos fundamentales, esto es, que estos derechos existen aun antes de ser incluidos por las normas constitucionales, es por esta razón que se dice que todo derecho fundamental es primero un derecho humano, siguiendo a Villaseñor Goyzueta quien expresa esta relación de la siguiente manera: "Históricamente, los derechos humanos tienen que ver con la vida, la dignidad, la libertad, la igualdad y la participación política y, por consiguiente, sólo estaremos en presencia de un derecho fundamental cuando pueda razonablemente sostenerse que el derecho o institución sirven a alguno de estos valores."[72]

Es por lo anterior que, los derechos fundamentales tienen un peso moral, ya que provienen de derechos morales a los que denominamos derechos humanos, en este tenor, se puede decir que los derechos humamos y los derechos fundamentales tienen una íntima relación, ya que los segundos se alimentan de los contenidos de los primeros, contenidos a los que les dan una garantía jurídica

---

[71] Castillo Córdova, Luis, op. cit., nota 61, p. 43.

[72] Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, op. cit., nota 46, p. 17.

para ser respetados, pero sobre todo para ser garantizados y promovidos por los poderes públicos.

Como menciona Borowski: "…los derechos fundamentales son derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo…"[73]

En tercer lugar, se habla que tanto los derechos humanos como los derechos fundamentales, son absolutos, esto debido a que son exigencias básicas de dignidad, libertad e igualdad de la persona, además de ser inherentes al ser humano, por lo que estos derechos no pueden ser garantizados con arreglo a las leyes, ni mucho menos su contenido resulta de las leyes, pues, este precede aun a la Constitución.

1.2. Límites de los derechos fundamentales

Una vez que se han abordado los temas correspondientes a los derechos humanos y fundamentales, es momento de responder a la pregunta ¿Son los derechos fundamentales absolutos o limitables?

En un principio como ya se mencionó en el apartado anterior, se llegó a considerar que los derechos fundamentales tenían un carácter absoluto y por lo tanto no podían ser restringidos por las autoridades, ejemplo de esto es el punto XII de la Declaración del buen pueblo de Virginia al establecer que: "la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringido jamás, a no ser por gobiernos despóticos"

Esta concepción de los derechos como derechos que no admiten limitación alguna está justificada por el periodo histórico en el que surgió este texto, momento en

[73] Borowski, Martin, op. cit., nota 51, p. 35.

que imperaba la corriente iusnaturalista que entendía que estos derechos eran inherentes al ser humano y previos a cualquier norma jurídica.[74]

Sin embargo, y siguiendo a Martín Borowski quien explica que:

> Las restricciones de los derechos fundamentales parece ser un asunto familiar entre los juristas. La Constitución garantiza unas libertades fundamentales, el Legislador limita parcialmente dichas libertades mediante la expedición de leyes. Este proceder tiene lugar generalmente en el Estado democrático constitucional moderno y, mientras no se torne en una seria discusión sobre la efectividad de las restricciones, es visto como algo común y corriente.[75]

En el mismo sentido explica Lidia Suárez que:

> [...] en la actualidad esta consideración de los derechos fundamentales (como absolutos) ha sido ya superada y es incontrovertido el hecho de que éstos pueden ser limitados por el legislador si se dan las condiciones exigidas para ello, pues los derechos fundamentales de un individuo no se ejercen aisladamente, sino que al contrario, deben coordinarse con los derechos de las demás personas y otros bienes y valores constitucionales relevantes.[76]

Es común en el ámbito académico, en los foros y tribunales que se acepte que los derechos fundamentales no son absolutos y una buena razón para eso es que no

---

[74] Cfr. Suárez, Lidia, "La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978", *Revista de la facultad de ciencias jurídicas*, núm. 16/17, 2011-2012, p. 204.

[75] Borowski, Martín, "La restricción de los derechos fundamentales", *Revista española de Derecho Constitucional*, España, año 20, núm. 59, mayo-agosto de 2000, p. 29.

[76] Suárez, Lidia, op. cit., nota 74, p. 204.

se puede usar como pretexto los derechos propios para desconocer y menoscabar derechos de otros.[77]

En el mismo tenor menciona Bagre Camazano que: "...hoy ya nadie prácticamente sostiene que los derechos humanos o fundamentales sean absolutos en el sentido de que no conozcan límites, sino que, a lo sumo, sólo excepcionalmente con relación a algún derecho determinado se discute si podría ser absoluto..."[78]

Sigue con su exposición diciendo:

> Y como dice Shaun, el lenguaje y la lógica utilizadas en las declaraciones de derechos y en las Constituciones estatales no hacen más que confirmar esta concepción de los derechos como `protecciones importantes y necesarias del individuo frente a las actuaciones del monarca, pero que no pueden proveer al individuo con un cerco protector contra la voluntad legítima de la mayoría expresada en el parlamento. No resulta, por ello, hoy sostenible que los revolucionarios americanos concibiesen sus derechos como absolutos en el sentido de no sujetos a límites sino que, por el contrario, como Lutz ha demostrado, las primeras Constituciones estatales "asumieron que los derechos de la comunidad eran generalmente superiores a los derechos del individuo", permitiéndoles afectar casi cualquier "derecho qué hoy consideramos inalienable.[79]

Así las cosas, es posible decir que los derechos fundamentales en la actualidad no son concebidos como derechos absolutos, sino como derechos que pueden ser limitados, esto debido a que la vida en sociedad obliga a que los derechos tengan límites para que ésta sea pacífica, Tórtora Aravena lo expresa de la siguiente forma:

---

[77] Cfr. Konrad Adenauer, *Restricciones a los derechos humanos, una figura ambigua,* serie renovación jurisprudencial*,* Konrad Adenauer, 2010, *p. 10.*

[78] Bagre Camazano, Joaquín, op. cit., nota 50, p.5.

[79] Ibídem, p.57.

> [...] el ejercicio de los derechos fundamentales se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad. Ello no se contrapone a la convicción de entender que el Ser Humano ha de ser el centro de toda comunidad organizada, sino, muy por el contrario, se vincula con un reforzamiento de las garantías de una existencia plena, pacífica y respetuosa por los derechos y la dignidad humana.
>
> Reconocer, por tanto, que los derechos están sujetos a limitaciones no significa restar a estas facultades del máximo valor y relevancia en el ordenamiento jurídico.[80]

Entonces, los derechos fundamentales no son absolutos, así lo determina, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español en la sentencia STC 2/1982 que dice:

> [...] no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que (...) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos.[81]

Igualmente, en la sentencia STC 11/1981 en el fundamento jurídico 9 dispone: "...ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado. Como todos, el derecho de huelga ha de tener los suyos, que derivan no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos."[82]

---

[80] Tórtora Aravena, Hugo, "Las limitaciones a los derechos fundamentales", *Estudios constitucionales*, Chile, vol. 8, núm. 2, 2010, p. 168.

[81] SCT 2/1982.

[82] Ibídem, f.j.9. Sobre esta relevante sentencia se hablará más a fondo en este mismo capítulo en lo que corresponde al contenido esencial.

En el mismo sentido, se encuentra la sentencia STC 181/1990 que en su fundamento jurídico 3 establece: "según reiterada doctrina de este Tribunal, los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados. Por el contrario su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para preservar o proteger otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos."[83]

Por lo que, como refiere Peter Häberle “Numerosas limitaciones de los derechos fundamentales se llevan a cabo con la finalidad de salvaguardar a los mismos ‘en cuanto a institutos’. No ponen en peligro la libertad, sino que la fortalecen al proporcionarle ‘realidad social’”.[84]

Ahora que hemos dado respuesta a la pregunta planteada sobre el carácter absoluto o limitable de los derechos fundamentales, es necesario, definir qué se entiende por límites de los derechos fundamentales, sobre este particular Aguilar de Luque expresa lo siguiente: "se emplea (...) la expresión límites de los derechos fundamentales en un sentido general para aludir a toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos."[85]

Los derechos fundamentales son limitables, pero para poder establecerles límites es necesario en primer lugar realizar el test de restricción que está integrado por los siguientes criterios:

1) El análisis del principio de legalidad;

2) Análisis del principio de legitimidad del objetivo de la restricción;

---

[83] STC 181/1990, f.j.3.

[84] Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, trad. Joaquín Bagre Camazano, Madrid, Dykinson, 2003, p. 116.

[85] Aguilar de Luque, Luis, " Los límites de los derechos fundamentales", *Revista del centro de Estudios Constitucionales 14*, enero-abril 1993, pp. 10 y 11.

3) Análisis del principio de necesidad del objetivo para una sociedad democrática;

4) Análisis de la racionalidad, idoneidad y adecuación;

5) Análisis del principio de necesidad;

6) Análisis del principio de proporcionalidad en sentido estricto y

7) La verificación de que la restricción no lleve a la anulación total del derecho.[86]

Estas limitaciones se justifican principalmente por dos razones, la primera es la amplitud característica de las normas iusfundamentales, que requieren casi indispensablemente de un complemento que las haga aplicables, es por ello que ocasionalmente el propio constituyente habilita de manera expresa dichas intervenciones al legislador ordinario; y la segunda razón es la doble dimensión de dichos derechos, pues si se acepta que le imponen al legislador no sólo la obligación de abstenerse de ciertas conductas, sino también una obligación de promoción, respeto y garantía, que se reflejan en un acto de hacer, es por esto que debe aceptarse que exista esta facultad limitadora para el logro de las finalidades estatales.[87]

Estos límites pueden clasificarse en diferentes tipos como lo demuestra el Tribunal Constitucional español en la STC 5/1981, fundamento jurídico 7, que establece: "los limites necesarios que resultan de (...) la propia naturaleza de los derechos, limites que se producen por su articulación con otros derechos, y límites establecidos por el legislador, respetando siempre (...) el contenido esencial."[88]

---

[86] Cfr. Vázquez Valencia, Luis Daniel, " La razonabilidad y el contenido esencial de los derechos humanos: propuesta de un test", *Alegatos*, México, núm. 92, enero-abril de 2016, p. 83.

[87] Cfr. Cianciardo, Juan, "Los límites de los derechos fundamentales", *Revista Díkaion*, Colombia, año 15, núm. 10, 2001, p. 56.

[88] STC 5/1981, f. j. 7.

De igual forma, dicho Tribunal en la sentencia 11/1981 sostiene: "la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos."[89]

De las anteriores resoluciones y siguiendo a Cianciardo es posible establecer lo siguiente:

1) Los límites son de tres tipos, a saber, necesarios, directos e indirectos;

2) Los limites necesarios se derivan de la propia naturaleza del derecho, que son una interpretación del sentido de la norma constitucional;

3) Los límites directos son los establecidos por la Constitución;

4) Por su parte los límites indirectos son los derivados de la necesidad de articular los derechos fundamentales entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos, estos son creados por el legislador por lo que no existe diferencia entre limitar y regular el ejercicio de un derecho fundamental.[90]

Estos límites que la Constitución impone ya sea de forma directa o indirecta deben contenerse en una norma con rango de ley, misma que debe fijar de manera

[89] STC 11/1981, f. j. 7.

[90] Cfr. Cianciardo, Juan, op. cit., nota 87, p. 63; sobre esta clasificación de los límites también puede encontrarse la de Luciano Parejo para quien la clasificación es la siguiente: 1) Límites inmediatamente derivados de la Constitución; 2) Límites mediata o inmediatamente derivados de la Constitución y 3) Límites mediata o indirectamente derivados de la Constitución; a pesar de que el nombre que se le da a cada tipo de límite es diferente se hace referencia a las mismas características. Parejo Alfonso, Luciano, op. cit., nota 126, p. 175.

expresa, precisa y cierta el límite en cuestión, mismo que no puede restringir el derecho fundamental hasta el punto de privarlo de su contenido esencial.[91]

En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional español STC 292/2000, fundamento jurídico 11, establece:

> La primera constatación que debe hacerse, que no por evidente es menos capital, es que la Constitución ha querido que la ley, y sólo la ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimentan sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido.[92]

En este tenor, en la medida que se limita el derecho, disminuye el contenido del mismo, lo que ayuda a distinguir entre el derecho en sí y el derecho limitado o definitivo [93], mientras se van sucediendo las limitaciones, parece ser que la parte del derecho que no se ha visto afectada por ellas es más importante que los aspectos que se han visto afectados, esto sólo refleja la tensión que existe entre la sociedad y el individuo, así como entre los individuos.[94]

Aunado a lo anterior, si las normas que imponen derechos pueden verse limitadas, con mayor razón aquellas que imponen límites también pueden limitarse, en el caso de los derechos fundamentales este límite se ve claramente en la necesidad

---

[91] Cfr. Bastida, Francisco y Villaverde, Ignacio, *Teoría general de los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 110.

[92] STC 292/2000, f. j. 11.

[93] Cfr. Cabezudo Bajo, María José, "La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional", *Revista de derecho político*, núm.77, enero- abril de 2010, p. 172.

[94] Cfr. Rajevic Mosler, Enrique Petar, "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada", *Revista chilena de derecho*, Chile, vol. 23, núm. 1, 1996, p. 73.

de justificación de la medida y por la obligación ineludible de respetar el contenido esencial de dichos derechos.[95]

Siguiendo la misma línea argumentativa el Tribunal Constitucional español en la sentencia STC 254/1988 establece que:

> Se produce así un régimen de concurrencia normativa de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente; como resultado de esta interacción la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.[96]

De esta forma, las limitaciones a los derechos fundamentales deben derivarse de la Constitución de manera explícita, implícita, directa e indirecta, esta limitación que ordena la norma fundamental debe hacerse por medio de una ley, dicha limitación debe ser necesaria para conseguir un bien legítimo; y por ultimo dicha limitación debe tener en consideración en todo momento el contenido esencial del derecho que se vea afectado por el acto del poder público que restringa una norma iusfundamental.

Con base en la explicación anterior sabemos que los derechos fundamentales no son absolutos y pueden ser limitados siempre y cuando cumplan con los requisitos descritos en las páginas anteriores.

---

[95] Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, España, Debate, 1985, p. 150.

[96] STC 254/1988.

De aquí que existen teorías sobre la limitación de los desechos fundamentales, dichas teorías son la teoría externa e interna, mismas que se explican a continuación.

Se habla de límites externos o intervenciones a los derechos cuando estos están dados por normas de carácter infraconstitucional. Sin embargo, no todos los derechos pueden ser objeto de delimitación externa, sólo pueden serlo por decisión especifica del constituyente.[97]

Esto es así porque en esta teoría los derechos fundamentales son ilimitados desde su origen, es decir, que no tienen límites, por ello siempre está latente la posibilidad de conflictos entre derechos fundamentales y bienes constitucionales que harían que su ejercicio fuera imposible.

La teoría externa de los límites tiene como característica que los límites para su establecimiento deben estar autorizados por la misma Constitución, y es ella quien habilita a un poder público, que es normalmente el legislador, para establecerlos en las leyes, son externos porque no derivan de la coexistencia del derecho fundamental con otras normas o bienes constitucionalmente protegidos por el mismo enunciado iusfundamental. En este sentido, el poder público facultado no se limita a simplemente declarar las restricciones inmanentes de la norma constitucional, aunque en algunas ocasiones el propio texto establezca los términos de la limitación, sino que el habilitado constituye el límite y no sólo lo concreta.[98]

Cuando se crean límites externos es porque la propia Constitución permite establecer restricciones a los derechos fundamentales que no están ya previstas en ella misma.

---

[97] Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003, pp. 247 y ss.

[98] Cfr. Bastida, Francisco y Villaverde Ignacio, *Teoría general de los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 115.

Es por lo anterior que, el poder que está facultado constitucionalmente para realizar la limitación, puede llevarla a cabo siempre que respete los términos que ésta fije para dicha labor, por lo cual será libre de crear los límites externos a los derechos fundamentales siempre que respete su contenido esencial.

Relacionado con lo anterior mencionan Bastida y Villaverde que:

> [...] la creación de ese límite externo siempre tendrá que respetar el 'contenido esencial' del derecho fundamental restringido; esto es, que el límite sirva exclusivamente para privar de la garantía iusfundamental a ciertas expectativas de conducta, pero no vacíe de contenido al propio derecho fundamental de forma tal que su objeto considerado en su conjunto quede a disposición del Poder público habilitado para limitarlo.[99]

En este sentido el derecho tiene el contenido que las leyes le otorgan, dado que el legislador crea el contenido mediante su configuración y establecimiento de límites, por lo que aquel, al limitar el derecho, no se encuentra vinculado a ningún contenido previo.[100]

Estos límites pueden ser restricciones ya sea a los titulares del derecho fundamental o, al objeto propio de protección.

Todavía cabe señalar que la limitación externa presupone dos objetos jurídicos diferentes, por un lado, el derecho *prima facie*, y por el otro la restricción del mismo. Como consecuencia de la restricción se obtiene un derecho definitivo o limitado, y el examen de este derecho se realiza a su vez en dos pasos, en el primero se pregunta si la consecuencia jurídica que se busca forma parte del

---

[99] Ibídem, p. 118.

[100] Cfr. Borowski, Martín, op. cit., nota 75, p. 51.

contenido *prima facie*, si la respuesta es afirmativa, el segundo paso es examinar si el derecho *prima facie* fue limitado de manera legítima en el caso en concreto.[101]

En consecuencia, estos derechos limitados o definitivos resultan necesarios para asegurar una convivencia pacífica con otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos.

Es necesario recalcar que la principal función de los limites externos es la convivencia entre diversos derechos e intereses reconocidos por la Constitución, y que además deben ser necesarios, justificados y proporcionados; ya que estos tienen su origen en la necesidad de armonizar un derecho con otros derechos y bienes constitucionales.[102]

Dentro de la teoría externa de los límites, se ha clasificado de manera tradicional que existen tanto límites genéricos como específicos.

Dentro de los primeros, que son los que se establecen con carácter general para todos los derechos fundamentales, por ejemplo, la dignidad como límite genérico al ejercicio de cualquier otro derecho; dentro de esta misma clasificación podemos encontrar los expresos y los implícitos.

Respecto a los expresos, son aquellos que se encuentran enunciados directamente por la Constitución; por lo que hace a los implícitos, son aquellos que a pesar de no estar expresados por la constitución se deducen de la interpretación de ésta.

Finalmente, los límites específicos son los establecidos por el constituyente de manera concreta para ciertos derechos fundamentales.[103]

---

[101] Cfr. Borowski, Martin, op. cit., nota 51, pp. 68 y 67.

[102] Cfr. Simoneti Berstelen, Soledad, *Cuadernos del Tribunal Constitucional no. 42*, España, 2010, p. 53.

[103] Cfr. Suárez, Lidia, op. cit., nota 74, pp. 207 y ss.

De igual forma, existe la posibilidad de que existan derechos ilimitables en el sentido de que la Constitución no les prevea límites externos, en otras palabras, no está previsto que un poder público pueda crearles límites, sin embargo, esto no quiere decir que son ilimitados, ya que todo derecho tiene sus límites ya sean establecidos por la Constitución misma o por una norma inferior.

No obstante, siempre existen críticas a las teorías, en el caso particular de la que estudiamos, al partir de una concepción de los derechos fundamentales como derechos ilimitados en su génesis, son otros derechos y bienes los que desde el exterior se constituyen en límites, no es realmente importante que estos límites estén previstos por el constituyente o en su caso por el legislador, lo verdaderamente importante es que se tiene que llevar a cabo su articulación para que se puedan practicar o ejercer de manera eficaz y pacífica.

Esta concepción de los límites externos impediría la aplicación de la garantía del contenido esencial y el predominio del principio de proporcionalidad, además no es posible acudir a una visión de los derechos fundamentales que los conciba en constante conflicto, ya que esto traería como consecuencia la incontrolabilidad de las resoluciones judiciales, anulación de los derechos entre sí e inseguridad jurídica.

Es así como llegamos a la explicación de los limites internos de los derechos fundamentales.

Los límites internos de los derechos son los supuestos de delimitación propiamente constitucional que fija el alcance y contenido del derecho fundamental.

El poder público que se encuentra facultado para realizar la limitación, al interpretar el enunciado constitucional, para concretar sus límites internos procede

a realizar una concreción de la norma que no puede ir más allá de lo que la propia norma ampara.[104]

Hay que mencionar, además, como lo explica Borowski:

> […] existe desde un inicio el derecho con su contenido determinado. Una posición jurídica que exceda ese derecho predeterminado no exististe. Hay un objeto normativo, un derecho con sus límites concretos. Según un uso lingüístico generalizado, los límites de los derechos son inmanentes. En el caso de los derechos no limitables, ese límite no puede denominarse restricción.[105]

En el mismo sentido Nogueira Alcalá explica que: "La delimitación del derecho es la que realiza el constituyente al fijar su contenido y sus fronteras, el constituyente fija el núcleo indisponible del derecho, sin perjuicio de que otras normas puedan complementar el contenido esencial del derecho cuando el constituyente lo autorice."[106]

De manera semejante Aguilar de Luque, al citar a de Otto y Pardo, afirma que: "…cualquier derecho, fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada más; tanto la determinación del campo normativo cuanto el tratamiento de que sea objeto, circunscriben el contenido del derecho, señalan sus límites y fronteras, y por ello cabe hablar de límites inmanentes."[107]

Es por esto que los límites internos lo único que hacen es delimitar el contenido del derecho fundamental, pues, la Constitución ya ha acotado de antemano el

---

[104] Cfr. Bastida, Francisco y Villaverde Ignacio, op. cit., nota 98, p. 116.

[105] Borowski, Martín, op. cit., nota 75, p. 32.

[106] Nogueira Alcalá, Humberto, op. cit., nota 97, p.245.

[107] Aguilar de Luque, Luis, op. cit., nota 85, p. 17.

ámbito de aplicación ya sea de manera expresa, directa o indirecta, y por lo tanto lo que el derecho fundamental garantiza y lo que no.

Estos límites no se crean como sucede con los externos, sino más bien que se concretan, y esta concreción o delimitación no sigue las reglas de habilitación necesarias para los límites externos, ya que esta concreción no es un acto de creación normativa, sino, en realidad es un acto de interpretación.

Según esta teoría desde un inicio el derecho tiene su contenido determinado, por lo que ninguna posición jurídica que lo exceda existe, es decir que el derecho tiene desde un principio sus límites concretos o inmanentes.

En conclusión, límites son sólo los externos, pues los internos lo que hacen es delimitar el contorno de los derechos definiendo, por un lado, quienes son sus titulares, y por otro, su objeto protegido; estos límites internos son aquellos derivados de la naturaleza del derecho fundamental, que pueden estar configurados por la propia Constitución.

Por lo que, cualquier limitación de un derecho fundamental es una parte de la determinación de su contenido, por lo cual ambas van juntas, por ello, para Borowski, estas dos formas describen exactamente el mismo fenómeno.[108]

Para la teoría externa la limitación es la forma de determinar el contenido del derecho y para la teoría interna la delimitación es la forma de fijar el contenido, sin embargo, tanto el límite como la delimitación sirven para establecer el contenido del derecho por lo cual ambas describen el mismo proceso de determinación de contenidos.

Igual que la otra teoría, esta también tiene críticas, ya que esta teoría postula que los derechos desde su origen son limitados, pero a la vez ilimitados. Para esta teoría las limitaciones deben ser descubiertas en la Constitución, sin embargo, la

[108] Cfr. Borowski, Martín, op. cit., nota 75, p. 52.

generalidad y ambigüedad de las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales parece desmentir esta posición, ya que las características de éstas normas, aún con un gran esfuerzo hermenéutico, no permitirían determinar cada uno de los derechos en ellas reconocidos.

Finalmente, una vez expuestas las teorías externa e interna de los límites de los derechos fundamentales, iniciamos la explicación de la reserva de ley, que se encuentra situada dentro de la teoría externa de los limites, pero, para hacer la exposición de las teorías más ágil, se decidió tocar el tema de la reserva de ley al final de este apartado.

"La opinión dominante califica tradicionalmente a la reserva de ley como autorización al legislador a verdaderas intervenciones en la propia esfera del derecho fundamental, a intervenciones en el propio contenido de los derechos fundamentales."[109]

Ella constituye una técnica o un principio por el cual se exige desde la Constitución que una determinada materia será regulada por la ley; por lo que el legislador es el encargado de establecer las normas que determinen el régimen jurídico de dichos derechos, siempre respetando el Estado democrático.[110]

Esta reserva de ley es la que faculta al legislador para limitar los derechos fundamentales, sin embargo, está facultad esta a su vez limitada, tanto por los límites directos establecidos en la Constitución, como por los indirectos, que son creados por la misma en uso de reservas especificas contenidas también en ella.

Recordemos que, si la Constitución permite expresamente la generación de límites a los derechos fundamentales, en algunas ocasiones, establece la forma y

---

[109] Häberle, Peter, op. cit., nota 84, p. 129.

[110] Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, "Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales", *revista Ius et Praxis*, núm. 11, 2005, p. 30.

modalidades que dichos límites deben adoptar, es así como la reserva de ley entra en juego como facultad para limitar, pero esta facultad limitadora también cuenta con límites, como el principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos.

De esta manera, el papel de la ley, que en todo caso y sin excepción debe respetar el contenido esencial, tendrá como función primordial la de establecer los límites del derecho en la medida que la propia Constitución no lo haya hecho.

Con esto se finaliza la primera parte de este capítulo dando paso a la explicación del contenido esencial de los derechos fundamentales.

2. El contenido esencial de los derechos fundamentales

En este segundo apartado estudiamos, en primer lugar, las diferentes formas en que es nombrado el contenido esencial, dentro de las que encontramos *Wesensgehaltsgarantie* proveniente de Alemania y el *Kerngehalt* que es de origen suizo, entre otras formas de denominarlo; en seguida, se tocan los temas de esencia y substancia, para posteriormente, comenzar con la explicación sobre qué se entiende por contenido esencial de los derechos fundamentales, dicha exposición se realiza desde dos perspectivas teóricas, la primera es la alemana y la segunda la española, de las cuales se analizan algunas posturas doctrinales sobre el tema.

Una vez hecho lo anterior, se exponen las teorías absoluta y relativa sobre el contenido esencial.

Finalmente, se describe el papel que juegan los poderes legislativo y judicial frente al contenido esencial de los derechos fundamentales, así como, el rol de los doctrinarios frente al mismo.

2.1. Sinonimia del contenido esencial

El siguiente punto trata de las diferentes formas en que es denominado el contenido esencial de los derechos fundamentales, comenzamos con la terminología germana que lo identifica como *wesensgehaltsgarantie*.

La wesensgehaltsgarantie es la forma en que se denomina a la garantía del contenido esencial en Alemania, mientras en español se emplean tres palabras para denominar a esta garantía, en alemán se emplea solamente una, esto es debido a que en este idioma el uso de compósitas[111] es algo usual.

Con esta palabra nos referimos según definición del Bundeszentrale für politische Bildung a:

> Das in Art. 19 Abs. 2 GG dem Gesetzgeber auferlegte Verbot, ein Grundrecht »in seinem Wesensgehalt« anzutasten. Grundrechte gelten nicht uneingeschränkt, sondern können aus Gemeinwohlgründen, besonders zur Gewährleistung eines gesellschaftsverträglichen Freiheitsgebrauchs, gesetzlich beschränkt werden; die Wesensgehaltsgarantie setzt dem grundrechtsbeschränkenden Gesetzgeber seinerseits eine Grenze. Es ist umstritten, ob mit der Wesensgehaltsgarantie ein in jedem Einzelfall unantastbarer Kern geschützt (so die wohl herrschende Meinung) oder nur das Verhältnismäßigkeitsprinzip garantiert ist.[112]

---

[111] Las compósitas son palabras compuestas que combinan dos lexemas, es decir, dos palabras simples unidas, para crear un significado diferente y propio. En este sentido, estas palabras pueden formarse por la unión o combinación de sustantivos, sustantivo y adjetivo o viceversa, sustantivo y verbo o a la inversa, etc.

[112] Traducción libre del autor: “La prohibición impuesta al legislador en el artículo 19 (2) de la Ley Fundamental de afectar un derecho fundamental "en su esencia". Los derechos fundamentales no tienen una validez ilimitada, sino que pueden restringirse legalmente por razones de interés público, en particular para asegurar un trato socialmente aceptable con la libertad; la garantía del contenido esencial establece un límite para el legislador que restringe los derechos fundamentales. Es controvertido si la garantía del contenido esencial protege un núcleo inviolable en cada caso individual (como lo hace la opinión dominante) o sólo se garantiza el principio de proporcionalidad.” Duden Recht A-Z. Fachlexikon für Studium, Ausbildung und Beruf. 3. Aufl. Berlin: Bibliographisches Institut 2015. Información que puede ser consultada en la página: https://goo.gl/uVijVp.

La *Wessensgehaltsperre* se refiere a una barrera o límite del contenido esencial, que cumple la función de garantizar el núcleo esencial del derecho, pues este núcleo es el límite de los límites (*Schranken-Schranken*)

El *Kerngehalt* proviene de la compósita de dos palabras que son *Kern* y *Gehalt*, la primera hace referencia al núcleo, mientras la segunda por su parte hace referencia al contenido de algo.

El *Kerngehalt* de los derechos fundamentales, que de conformidad con el artículo 36.4 de la Constitución Federal suiza debe ser inviolable, sin embargo, cabe

---

Sobre esta traducción nos gustaría aclarar lo siguiente, apegado a la explicación de Fabio Vélez respecto a la teoría de la traducción de Schleiermacher: "es que, si a cada palabra de una lengua correspondiera exactamente (genau entspräche) una palabra de la otra, expresando el mismo concepto con el mismo alcance; si las flexiones (Beugungen) de ambas lenguas representaran las mismas circunstancias, y sus tipos de construcción coincidieran (ineinander aufgingen), de suerte que las lenguas solo se diferenciasen realmente por el sonido, entonces, [...] toda traducción, en la medida en que solo aspira a comunicar el conocimiento del contenido de una manifestación oral o escrita, sería puramente mecánica." Sin embargo, al continuar la explicación menciona que: "y cuanto más alejadas estén por su ascendencia y por el tiempo, más difícil es hallar en una lengua una sola palabra a la que corresponda exactamente una palabra de otra, y ningún tipo de flexión de una abarca justamente la misma variedad de circunstancias que cualquier otro tipo de otra." Debido a esto explica que para que el lector pueda entender la traducción es necesario que ésta haya logrado penetrar en el espíritu de la lengua, esta explicación la hace de la siguiente forma: "Para que sus lectores puedan entender, tienen que penetrar en el espíritu de la lengua (*Geist der Sprache*) del escritor original, tienen que poder intuir su peculiar manera de pensar y de sentir. Y, para lograr ambas cosas, no puede ofrecerles más que su propia lengua, que nunca coincide plenamente con aquella, y ofrecerse él mismo con su conocimiento más o menos claro del autor" el problema que se plantea es ¿qué camino debe emprender el traductor, que desea aproximarse a estas dos personas tan separadas, es decir, al escritor original y al lector de su lengua, y ayudar a este último, sin la necesidad de salir de su lengua materna, a un mayor entendimiento y goce del primero. En este sentido, en palabras del autor el auténtico fin de toda traducción es: "el goce genuino de obras extranjeras, con un método que a toda costa quiere insuflar (einhauchen) en la obra traducida el espíritu de una lengua que le es ajena" pero, esta traducción solo podrá alcanzarse a largo plazo, y para Schleiermacher sólo la lengua alemana será capaz de hacer el sacrificio necesario de convertirse en la lengua de destino para la traducción, y por ello, habrá un "dominio lingüístico propio (Sprachgebiet) de las traducciones" por este motivo, la traducción libre antes realizada busca de una manera muy pobre encontrar el espíritu de la lengua, con la finalidad de dar un mayor entendimiento de la figura que se explica en este trabajo, sin embargo debemos aceptar, que la misma solo alcanza una simple imitación del texto original. Vélez, Fabio, "El arte de combinar espíritus… Schleiermacher, 1813." *Interpretario*, marzo- agosto, 2009, pp.108 y ss.

preguntarse si el termino contenido esencial y contenido nuclear designan lo mismo, ambos se refieren a algo fundamental en el interior de los derechos fundamentales, pero el núcleo apunta a algo duro, mientras que la esencia esta abierta a características diversas.[113]

En este sentido, y siguiendo a Lorenzo Rodríguez-Armas esta acepción tiene fuerza dinámica, no se refiere a algo estático, ya que en física el termino *Kernenergie* hace referencia a la energía nuclear, por lo cual al usar la palabra *Kern* expresa esa potencia de movimiento, ya que el núcleo irradia su energía sobre el resto, por lo cual el contenido irradia al continente, y este contencial es constitutivo. Además, la expresión núcleo expresa una referencia física o química en el sentido de las ciencias de la naturaleza, mientras que la esencia tiene un alcance metafísico.[114]

El "Contencial" es un neologismo, que es empleado principalmente por Lorenzo Rodríguez-Armas, que por su forma concisa es sugestivo y más útil, ya que se emplea una palabra en lugar de contenido esencial, y evita la repetición monótona de contenido esencial. La autora lo explica de esta forma CONTINENETE/ CONTENIDO =CONTENCIAL.[115]

En este sentido el contencial es una compósita, derivada de las palabras contenido y esencial que al unirse dan origen al neologismo, esto como puede verse de la explicación de los términos germanos y austriacos explicados con anterioridad, es común en el idioma alemán; pero no es del todo común en el idioma español. Pese a esto, esta compósita es útil para evitar la repetición innecesaria de contenido esencial.

---

[113] Cfr. Lothar, Michael, "¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?", *ReDC*, año 6, núm. 11, enero-junio de 2009, p. 172.

[114] Cfr. Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, op. cit., nota 60, p. 94.

[115] Cfr. Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, op. cit., nota 60, p. 93.

Con la denominación “Límites inmanentes” nos referimos a esos derechos fundamentales que la Constitución reconoce, y de los cuales no establece reserva de ley alguna, en consecuencia, se plantean algunos problemas ¿al no existir reserva, eso quiere decir que son ilimitables? La respuesta es que no, y por ello se creó esta noción de límites inmanentes, que son los límites derivados de la necesidad de armonizar estos derechos sin reserva con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos y que pueden ser creados por el legislador aún en ausencia de habilitación expresa.[116]

Estos límites inmanentes pueden ser confundidos con el contenido esencial de los derechos fundamentales, sin embargo, son figuras diferentes, aunque complementarias, estos límites circundan al contenido esencial, a pesar de ello no son lo mismo.

El término límites inmanentes atañe al contenido esencial o más bien lo circunda, en este sentido, lo inmanente se refiere a algo que es inherente, natural y necesario a un determinado objeto, por lo que lo inmanente es todo aquello que se encuentra vinculado inseparablemente con el objeto, por lo cual no supera o infringe sus límites. De esta forma, establecen la substancia del derecho fundamental desde su propio interior. [117]

> Esta teoría fue desarrollada por la doctrina constitucional alemana en los años cincuenta para justificar determinadas limitaciones, consideradas irremediables, de aquellos derechos fundamentales a los que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 no sometía, a diferencia de otros, a una expresa reserva de limitación legal. Ha servido para legitimar restricciones

---

[116] Cfr. Cianciardo, Juan, op. cit., nota 87, p. 58.

[117] Cfr. Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 273 y 274.

> legislativas en los derechos fundamentales, allí donde no existía una expresa reserva de ley al respecto.[118]

2.2. Esencia y substancia

Una vez que hemos explicado las diferentes formas de denominación del contenido esencial y sus implicaciones, es importante aclarar que con este título no se pretende exponer minuciosamente los conceptos filosóficos que guardan relación con el contenido esencial, porque, entre muchos otros motivos, ello rebasaría demasiado nuestra preparación en esta materia.

Aclarado lo anterior, la esencia es un concepto utilizado desde los griegos para designar el conjunto de rasgos permanentes de un objeto, aquello que un ser no puede llegar a perder sin dejar de ser lo que es.

En consecuencia, podríamos decir que la esencia es aquello que hace que las cosas sean lo que son y al alterarla dejarían de serlo.

De la misma forma, el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* la define como aquello que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable de ellas.

Asimismo, se le entiende como:

> Sentido de la cosa dada, aquello que la cosa es en sí misma, a diferencia de todas las demás y de los estados variables de la cosa al experimentar el influjo de tales o cuales circunstancias…La esencia no existe fuera de las cosas, sino en ellas y a través de ellas, como su principal propiedad general, como su ley. El conocimiento humano va asimilando gradualmente la esencia del mundo objetivo, cada vez ahonda más en él. Este conocimiento se utiliza

[118] Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, op. cit., nota 46, p. 58.

> para influir retroactivamente sobre el mundo objetivo con vistas a su transformación práctica.[119]

La esencia se refiere en general a aquello en que consiste algo, y se define según la posición filosófica, que depende en gran parte del énfasis que se le dé al aspecto lógico o metafísico.

Por ejemplo, el teólogo Bouyer la define de la siguiente forma: "la esencia es, en un ser aquello en virtud de lo cual este ser es lo que es y no otra cosa. La naturaleza es lo mismo pero vista bajo el aspecto dinámico, en cuanto principio de acción."[120]

Igualmente, sobre la idea de esencia se puede afirmar que:

> Al significar lo que algo es, se significa ora la substancia, ora la cualidad, ora una de las demás categorías…, si se afirma género se expresa la esencia. Por el contrario, cuando se afirma algo sobre otra cosa que la cosa misma portadora de la afirmación, no se expresa la esencia, sino la cantidad o la cualidad o una de las demás categorías… la esencia era *quod quid erat ese* (lo que era antes de haber sido). Con ello parce designar la esencia y también la forma.[121]

Para Santo Tomas en el ente y la esencia, la esencia es aquello por lo cual y en lo cual la cosa tiene el ser.[122]

---

[119] M. M. Rosental y P. F. Iudin, *Diccionario filosófico*, trad. Augusto Vidal Roget, Montevideo, Pueblos Unidos, 1965, p. 147.

[120] Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, op. cit., nota 60, p. 99.

[121] Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía de bolsillo*, Madrid, Alianza, 1993, pp. 249 y ss.

[122] El ente y la esencia, I.

Por otro lado, la substancia es de conformidad con el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* el ser, esencia o naturaleza de algo, aquello que permanece en algo que cambia.

El término sustancia o substancia, procede del latino *substantia* que es, a su vez la traducción del griego *ousía*. Su significado más general es el de fundamento de la realidad, lo que está debajo, lo que permanece bajo los fenómenos, lo subsistente.[123]

De esta forma, substancia es lo que existe en sí y no en otro, es opuesto al accidente, por lo que se distingue entre substancia primera, que es el sujeto individual y concreto, y la substancia segunda, que es su esencia abstracta.[124]

Sustancia es aquello que existe por sí mismo, sin necesidad de otro, y tiene un fin en sí mismo. Está fuera de lo mutable, de los accidentes que le dan a un sujeto o cosa unas dimensiones y una figura concreta; es, por tanto, inmaterial e inmutable. Esencia es aquello que es el ser antes de existir fácticamente, o sea, de estar situado dentro del espacio-tiempo.

En conclusión, la esencia es lo que las hace ser lo que son y la substancia es aquello que no se modifica en las cosas.

2.3. ¿Qué se entiende por contenido esencial de los derechos fundamentales?

Una vez analizados los conceptos de esencia y substancia, es preciso mencionar que el continente del derecho fundamental es la norma, es simplemente una expresión lingüística inserta en la Constitución, así es como las palabras de ésta última expresan el contenido de los derechos fundamentales.

---

[123] Cfr. Ferrater Mora, José, op. cit., nota 121, pp. 689 y ss.

[124] Cfr. Ferrater Mora, José, *Diccionario de teología*, trad. Francisco Martínez, Barcelona, Herder, 1990, p. 615.

Ahora, esta expresión del lenguaje, es decir, estas palabras y oraciones corresponden a la esencia del derecho, en el caso de que la expresión lingüística formule correctamente la esencia de un derecho, se debe insistir en que no es esta expresión la que constituye la esencia de éste, sino que el contenido esencial de dicho derecho es preexistente a la norma.

En este sentido y con base en lo expuesto en el apartado inmediato anterior, el contenido esencial de un derecho existe en sí y no en otro, existe por sí mismo, de modo que el continente sólo se limita a recoger, a reconocer y garantizar su esencialidad o sustancialidad.[125]

Pero ¿Qué se debe entender por contenido esencial de los derechos fundamentales?

Para poder responder a esta pregunta debemos explorar las diferentes posturas que existen sobre el contenido esencial, se toman como base la postura alemana, por ser el lugar donde surge la teoría del contenido esencial; y la española al tener un nutrido estudio tanto jurisprudencial como doctrinario sobre el tema.

> La reconstrucción de la vida social y política, tras la experiencia europea saldada con la última guerra mundial, sobre las bases y valores que impidiesen su degradación hacia totalitarismos estatalistas, condujo a los constituyentes germano-occidentales de 1949 a la búsqueda de técnicas constitucionales capaces de hacer al propio texto constitucional resistente frente al destino propio de todo texto normativo: su disponibilidad por el propio legislador competente, según el sistema de producción normativa.[126]

---

[125] Cfr. Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, op. cit., nota 60, pp. 99 y ss.

[126] Parejo Alfonso, Luciano, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril o de 1981", *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1, núm. 3, septiembre-diciembre de 1981, p. 169.

Comenzamos este estudio con Alemania, país donde la Ley Fundamental (LFB) establece en el artículo 19.2 lo siguiente:

> (1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley debe mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.[127]

Como se ve de la redacción del artículo los derechos fundamentales requieren de una reserva de ley que habilite al legislador para poder limitarlos, por lo cual la entrada en juego de la garantía del contenido esencial se da como consecuencia de la creación de una ley limitadora.

Aunado a lo anterior, el artículo en comento determina que el derecho limitado tiene validez general y no es válido sólo para el caso en concreto; igualmente, establece que el derecho fundamental limitado debe estar expresamente citado.

En resumen, éste artículo trata a la garantía del contenido esencial como un precepto que intenta normar el poder del legislador para limitar (*einschkränken*) los derechos.[128]

Menciona Lothar que: "de conformidad con la concepción alternativa de un contenido absoluto de los derechos fundamentales, el art. 19.2 LFB no se inscribe

---

[127] Menciona Gavara de Cara que este artículo fue adoptado el 16 de noviembre de 1948 por el Consejo Parlamentario y su redacción original era la siguiente: “En la medida que según las disposiciones de esta Ley Fundamental un derecho fundamental puede ser limitado no debe ser afectado en su contenido esencial.” Así es como surge por primera vez el concepto del contenido esencial de los derechos fundamentales vinculándose directamente y en un mismo párrafo al problema de los límites de los derechos. Cfr. Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 13.

[128] Cfr. Martínez- Pujalte, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1997, p. 37.

en la proporcionalidad, sino que excluye de la ponderación un núcleo imponderable de los derechos fundamentales."[129]

La prohibición del artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, está dirigida al poder estatal, que se manifiesta a través del legislativo, ejecutivo y judicial, sin embargo, doctrinariamente se admite que esta prohibición va dirigida especialmente al legislador.[130]

La desconfianza al legislador ordinario da origen al actual artículo 19 de la Ley Fundamental, que entre otros mecanismos que aseguran a los derechos fundamentales, establece la prohibición absoluta al legislador ordinario de afectación al contenido esencial; es evidente que este articulo ha sido la fuente de inspiración del constituyente español de 1978, esto se patenta en el artículo 53 de la Constitución española, como veremos más adelante en este capítulo.[131]

Como podemos observar de la lectura el artículo en comento la prescripción alemana se articula como una prohibición, sin embargo, el precepto no explicita lo que debe de entenderse por “contenido esencial”.[132]

La Ley Fundamental de Bonn habilita al legislador ordinario para fijar los límites permitidos a ciertos derechos fundamentales, lo que hace que sea comprensible la precaución que tuvo el constituyente al establecer límites a esa inicial libertad del legislador de limitar los derechos, y esta es la función que cumple el artículo en comento.[133]

---

[129] Lothar, Michael, op. cit., nota 113, p. 180. Sobre la concepción absoluta y la relativa del contenido esencial se abordarán a profundidad en el siguiente apartado.

[130] Cfr. Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, op. cit., nota 60, p. 139.

[131] Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, op. cit., nota 126, p. 170.

[132] Cfr. Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, op. cit., nota 46, p. 26.

[133] Cfr. Bastida, Francisco y Villaverde Ignacio, op. cit., nota 98, p. 122.

De igual forma se puede asegurar que a los derechos fundamentales les es inherente un contenido esencial, sin embargo, éste no está determinado, por lo cual debe ser interpretado.[134]

Antes que todo, debemos recalcar que íntimamente relacionado con las teorías de los límites se encuentra la garantía del contenido esencial de los derechos, esta disposición, que se encuentra en múltiples textos constitucionales, ordena que las leyes que regulen los derechos fundamentales no puedan afectarlos en su esencia.

Recordemos que los derechos fundamentales tienen una doble dimensión, una objetiva y otra subjetiva sobre estas dimensiones también juega un papel importante el contenido esencial.

Por un lado, la teoría objetiva propone como objeto de tutela solamente a la institución, esto significa que, no habrá inconstitucionalidad en la actuación del legislador, si se deja a salvo el derecho fundamental de que se trate si se salvaguarda la institución, aunque suponga el desconocimiento del derecho individual.[135]

La otra propone que el objeto de protección es sólo el ámbito individual o de libertad, es decir, la parte subjetiva del derecho con las facultades que esto conlleva.

De la misma forma, Martínez Pujalte menciona que Stein explica que: "se duda si lo que no puede ser afectado en su contenido esencial es el derecho fundamental como institución jurídica abstracta, o el derecho subjetivo concreto de cada persona singular" así sigue explicando que: "A partir de la afirmación de la doble naturaleza de los derechos fundamentales, que constituyen a la vez derechos subjetivos de los ciudadanos y elementos objetivos del ordenamiento, se trataría

[134] Cfr. Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 9.

[135] Cfr. Castillo Córdova, Luis, op. cit., nota 61, p. 35.

de dilucidar si la garantía del contenido esencial se refiere a la dimensión subjetiva o está destinada únicamente a garantizar la preservación institucional de los derechos fundamentales."[136]

Sin embargo, aceptar que el contenido esencial únicamente es aplicable a una de las dimensiones sería un grave error, ya que este contenido no puede estar destinado sólo a uno de ellos en detrimento del otro, por lo que debe estar destinado a la protección de ambos ámbitos de los derechos fundamentales.

De esta forma, Häberle aclara que: "en la medida en que los derechos fundamentales tienen a la vez una dimensión subjetiva y una dimensión institucional, la garantía del contenido esencial ha de ponerse en conexión con ambas, y exigir no sólo la preservación institucional de los derechos fundamentales, sino también su respeto individualizado."[137]

En el caso alemán el contenido esencial de los derechos fundamentales no sólo es un parámetro de protección para los derechos fundamentales nacionales, también lo es para los derechos fundamentales europeos.

Lo antes mencionado, se patenta con la sentencia Solange II, del Tribunal Constitucional Alemán, en la que el Tribunal renuncia a su función de control de los derechos fundamentales ante el Derecho Comunitario siempre que la Comunidad Europea y en específico su Tribunal de Justicia, garantice de forma general una protección de los derechos fundamentales que deben ser respetados en lo esencial de forma equivalente a como lo hace la Ley Fundamental de Bonn y respete su contenido esencial.

Respecto a lo anterior la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea en el artículo 52.1.1 establece: "cualquier limitación del ejercito de los derechos

---

[136] Martínez- Pujalte, Antonio Luis, op. cit., nota 128, pp. 33 y 34.

[137] Häberle, Peter, op. cit., nota 84, p. 116.

fundamentales debe ser establecida por ley (...) y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades."[138]

En Alemania el efecto protector del contenido se ha articulado sobre la base de la distinción entre el núcleo esencial, es decir, aquello que es resistente a cualquier trasformación del objeto de protección, y la zona exterior del mismo, que está expuesta a la evolución y cambio. Por lo cual los derechos estarían compuestos por dos partes, a saber, el interior compuesto de elementos esenciales, sin lo que dejaría de ser lo que es, y una parte externa que se constituye por elementos accidentales, que pueden ser modificados y que en caso de su desaparición el derecho aún existe y es recognoscible.[139]

Sin embargo, la determinación del contenido esencial es producto no sólo de la regulación normativa, sino que es producto de la fusión de ésta y de la realidad social a la que hace referencia.

Por su parte, Friedrich Klein define al contenido esencial como: "núcleo esencial, sustancial, absoluto, estable e inalterable." [140]

Para Theodor Maunz, explica Gavara de Cara, que: "La tesis del ámbito nuclear implica distinguir dentro del derecho fundamental la existencia de un contenido esencial que sería el NÚCLEO o circulo interno del derecho fundamental y un contenido accidental que sería la PERIFERIA o elemento exterior del derecho fundamental." Al seguir con la explicación Gavara de Cara dice que: "…parte de la idea de que la garantía del contenido esencial existe para proteger los derechos fundamentales contra su vaciamiento." Aunque, "La ley Fundamental de Bonn no

[138] Cfr. Lothar, Michael, op. cit., nota 113, pp. 167 y ss.

[139] Cfr. Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 96.

[140] Ibídem, p. 226.

establece ningún criterio para separar el contenido esencial de las otras partes de un derecho fundamental”[141]

En este sentido, Peter Häberle menciona que: “el contenido del derecho es determinado por medio de su función ético-jurídica y social. Ello tiene como consecuencia que un ejercicio contrario a su función no está ya cubierto por el contenido del derecho.”[142]

En el mismo sentido sostiene el mismo autor que: “en el contenido esencial de los derechos fundamentales se refleja la totalidad del sistema jurídico-constitucional de valores.”[143]

Cabe señalar que este mismo autor enfatiza que: “Lo que es propio del contenido esencial de un derecho fundamental, se puede determinar, por tanto, sólo por medio de una reflexión sobre ‘contenidos esenciales’ de los otros bienes jurídico-constitucionales.”[144]

De acuerdo con Luciano Parejo Alfonso “todos los derechos fundamentales, por el solo hecho de su reconocimiento por la norma fundamental son resistentes, en su contenido esencial, frente a cualquier disposición legal o acto aplicativo que pretenda desconocer dicho contenido.”[145]

Asimismo, Rudolf Ernst Huber define al contenido esencial como: “el mínimo sustancial que puede ser infringido cuando el resto que permanece tras una

---

[141] Ídem, p. 227.

[142] Häberle, Peter, op. cit., nota 84, p. 12.

[143] Ibídem, p. 61.

[144] Ídem, p.63.

[145] Parejo Alfonso, Luciano, op. cit., nota 126, p. 180.

intervención, a pesar de que se continúe incluyendo en el nombre del derecho fundamental, no puede relacionarse con éste sobre la base de una identidad."[146]

Por su parte el Tribunal de la Federación alemana en sus jurisprudencias entiende que el contenido esencial de un derecho fundamental se trata de: "una determinación de los límites de los derechos fundamentales conforme a la esencia, lo que tiene lugar también por medio de la ponderación de bienes."[147]

Ahora toca el turno de España y su concepción sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales.

El artículo 53.1 de la Constitución española establece:

> 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.

En el caso español la Constitución autoriza que la ley pueda interferir en todas las libertades, con independencia de que exista o no una autorización constitucional para limitar el derecho fundamental; por lo que la garantía del contenido esencial puede extenderse a cualquier intervención legislativa.[148]

La literalidad del artículo al establecer: "Sólo por ley..., podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades..." otorga al legislador la potestad para regular el ejercicio del derecho fundamental.

Siguiendo a Lorenzo Rodríguez-Armas:

---

[146] Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 231.

[147] Häberle, Peter, op. cit., nota 84, p. 52.

[148] Cfr. Prieto Sanchís, op. cit., nota 56, p. 70.

> el párrafo primero del art. 53 arranca de la convicción de la necesaria convivencia de las libertades y, al tiempo, afronta la cuestión de intervencionismo del legislador en materia de situaciones jurídicas fundamentales. Consciente de ello, el constituyente establece en primer lugar una enunciación absoluta e incondicionada para regular con posterioridad algunas situaciones, intentando conciliar autoridad-libertad, sociedad-individuo, pero, al tiempo, fijando fronteras de la discrecionalidad del legislador. De esta forma nuestra Constitución se inscribe en la lista de los textos fundamentales que manifiestan una explícita desconfianza hacia los poderes ordinarios como consecuencia de pasadas experiencias históricas.[149]

En este sentido el mencionado artículo no hace referencia al poder limitador del poder legislativo, sino a la facultad que tiene de regular el ejercicio de los derechos, ya que no se habla de una limitación, sino de la capacidad de regular el ejercicio de los mismos, sin embargo, esta regulación del ejercicio implica necesariamente la delimitación del derecho de que se trate.[150]

En este sentido, la ley de que se trate debe reglamentar los procedimientos y formalidades para el ejercicio de los derechos. Sólo se trata de establecer los mecanismos para el ejercicio del derecho fundamental, que afectan a su dimensión externa, y que no implican una intervención del legislador en el ámbito jurídicamente protegido.[151]

En el mismo tenor, menciona Luis Prieto Sanchís que:

> concretamente los derechos del capítulo II se caracterizan porque ‘sólo por ley’ podrá regularse su ejercicio, y porque esa ley habrá de respetar ‘su

---

[149] Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, op. cit., nota 60, p. 222.

[150] Cfr. Martínez- Pujalte, Antonio Luis, op. cit., nota 128, p. 37.

[151] Cfr. Ibídem, pp. 78 y 79.

> contenido esencial'. Si la primera cautela está pensando en posibles amenazas provenientes de la potestad reglamentaria del Gobierno, la segunda constituye una llamada de atención al propio legislador o, lo que es lo mismo, un intento de reforzamiento de la constitucionalidad de los derechos.[152]

Por lo general la norma constitucional reconoce el derecho mediante una determinación abstracta y genérica del mismo que, comúnmente, no indica ni las facultades concretas ni el contenido del estatus jurídico del titular, es por esta razón que el legislador está llamado a configurar o limitar el derecho para su correcto ejercicio.

Por este motivo, debe entenderse que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial de tal manera que deja de ser reconocible y se le impide su libre ejercicio en los casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, o lo privan de tutela jurídica.

En ese tenor, toda limitación de un derecho debe estar justificada y además debe respetar su contenido esencial, en otras palabras, no es suficiente que la disposición limitadora cuente con buenas razones, si llega a dañar el contenido esencial resultará ilegitima.

Por lo que, al tratarse de una limitación, argumentativamente las razones para la misma han de ser tanto más poderosas cuanto más lesivas resulten para el contenido del derecho, es por esto que el contenido esencial estimula un escrutinio especial sobre qué tan justificada es la ley y al mismo tiempo debe impedir que el derecho legal contradiga al derecho constitucional.

De la misma forma, este contenido esencial no puede ser considerado solamente como la última valla que defiende un pequeño reducto que permita asegurar que existe un derecho, más bien implica un ámbito amplio de ejercicio que debe ser

[152] Prieto Sanchís, Luis, op. cit., nota 95, p. 139.

razonable, una vez que este ha sido definido en lo general y en circunstancias concretas, por tanto, es absoluto y no puede hacérsele a un lado por razones meramente utilitarias.[153]

En este sentido, "la barrera del contenido esencial no se ha construido como mera remisión formal, sino como precepto de seguridad que se actualiza conjuntamente con los derechos fundamentales."[154]

Petit Guerra considera que:

> El contenido esencial de los derechos fundamentales puede considerarse como el núcleo de la articulación normativa entre Constitución, legislación y jurisdicción. Dicha relación se explica para evitar los abusos del legislador, ya que si éste afectare determinado derecho (que desnaturalice por orden de alguna restricción/limitación), la justicia constitucional deberá analizar si la actuación (intervención) del órgano legislativo cumplió con los parámetros del juicio de proporcionalidad y ponderación (determinando finalmente cuál es el contenido esencial de determinado derecho). Se dice entonces que su objeto es hacer frente a la debilidad normativa de la Constitución.[155]

Se ha dicho que

> […] el contenido esencial se extrae de la conexión con los principios materiales del ordenamiento jurídico y de la funcionalización de los derechos respecto a la dignidad de la persona humana. No cabe, en consecuencia, una predicción singular caso por caso sin tener en cuenta el conjunto constitucional y los valores que le animan a fin de que sobreviva el mínimo

---

[153] Cfr. Castillo Córdova, Luis, op. cit., nota 61, p. 41.

[154] Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, op. cit., nota 60, p. 138.

[155] Petit Guerra, Luis Alberto, "La categoría del contenido esencial para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación", *Revista de derecho (UCUDAL)*, 2da época, año 13, núm. 15, julio de 2017, p. 219.

común denominador que caracteriza las relaciones individuo-sociedad-poder.[156]

También se la ha considerado como:

> […] límite de los límites: el contenido esencial señala una frontera que el legislador no puede traspasar, delimita un terreno que la ley limitadora no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad... ese límite de los límites porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.[157]

De igual forma, el contenido esencial supone una garantía no meramente formal, más bien se convierte en una garantía material-institucional que devuelve a los derechos fundamentales su plena dignidad, implica también una conciencia constitucional de su importancia y necesidad, de manera que en el futuro no se moverán estos derechos en el mero ámbito de las leyes, sino que éstas últimas se moverán en el marco de los derechos y las libertades.[158]

En este sentido Lorenzo Rodríguez-Armas define al contenido esencial como:

> […] la expresión jurídico-positivizada del valor intrínseco de cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Constitución española, resultado de la conjunción entre el valor de la dignidad humana (fundamento del orden público y de la paz social.) y el núcleo radical propio de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus manifestaciones particulares (internas y externas o relativas a su ejercicio).[159]

---

[156] Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, op. cit., nota 60, p. 222.

[157] Ibídem, p. 224.

[158] Cfr. Ídem, p. 230.

[159] Ídem, p. 234.

Este núcleo esencial sirve como identificación y delimitación del derecho para cualquiera que lo ejerza y, al mismo tiempo, como núcleo indisponible cuando intervienen los poderes públicos.

Vásquez Valencia, al citar a Serrano y Vázquez, menciona que:

> La identificación del contenido esencial de un derecho supone el establecimiento de elementos mínimos que el Estado debe proveer a cualquier persona de forma inmediata y sin que medien contra-argumentaciones fácticas de imposibilidad provenientes de escasez de recursos o elementos semejantes. Un punto relevante a iluminar es que la identificación de contenidos esenciales de los derechos no sólo establece rutas de acción a cargo de los Estados, sino también los límites de las restricciones posibles.[160]

Rodríguez Portugués explica que:

> [...] constituye el contenido esencial de cada derecho aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo. Todo ello referido al momento histórico concreto y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales.[161]

Sigue refiriendo el autor que:

> se ha sintetizado por la doctrina que se ha ocupado de la cuestión que el "contenido esencial" sólo engloba aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sea absolutamente indispensable para la recognoscibilidad jurídica del derecho en cuanto tal, tanto en su aspecto interno (haz de

---

[160] Vázquez Valencia, Luis Daniel, op. cit., nota 86, p. 90.

[161] Rodríguez Portugués, Manuel A., "El contenido esencial de la libertad de empresa. Algunas consideraciones jurídicas", *Derecho y opinión: Revista del departamento de disciplinas jurídico-históricas y económico sociales*, núm. 9, 2001, p. 94.

facultades), como externo (protección de que goza), y sin los cuales dejaría de ser lo que era para pasar a dar algo distinto. Es en definitiva un concepto jurídico indeterminado.[162]

El contenido esencial es un tema muy complejo, ya que tratar de averiguarlo es como tratar de definir algo incorpóreo, que no es perceptible por los sentidos, esta es otra de las razones por las que es considerado como un concepto jurídico indeterminado.

Esto es debido a que el carácter genérico e indeterminado de la norma constitucional no permite una correcta concreción del derecho, el contenido esencial del mismo implica un esfuerzo conceptual de precisión sobre elementos substanciales o materiales, y con él se trata de asegurar que los derechos básicos no se queden sin materia debido a la legislación.

Ya que el contenido esencial no está enteramente determinado por la Constitución; en el sentido de que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientadores para delimitar en abstracto lo esencial de un derecho fundamental, y en estas condiciones sólo en el momento del enjuiciamiento concreto por parte del Tribunal se podrá determinar si lo que se presenta como derecho sigue siendo reconocible como tal con base en el tipo iusfundamental de que se trate.[163]

Menciona Villaseñor Goyzueta que: “el contenido esencial es un concepto jurídico indeterminado, con un amplio margen de interpretación, de lo que resulta su operatividad técnica y la conveniencia de que su carácter sea estrictamente jurídico, es decir, no referido a decisiones políticas.”[164]

Relacionado con lo anterior la sentencia STC 36/1981 establece que: "no determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos

[162] Rodríguez Portugués, Manuel A., op. cit., nota 169, p. 95.

[163] Cfr. Prieto Sanchís, op. cit., nota 56, p. 72.

[164] Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, op. cit., nota 46, p. 20.

derechos y libertades, y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal al que, como intérprete supremo de la Constitución..., corresponde en último término y para cada caso en concreto llevar a cabo esa determinación."[165]

Por esto es que la ley como instrumento de limitación de las libertades fundamentales encuentra su frontera en el respeto al contenido esencial. Sin embargo, definir *a priori* este contenido esencial no es una tarea sencilla, además de que cada derecho tiene su propio contenido esencial, es decir, que no existe un contenido esencial de la categoría derechos humanos, o por lo menos, no sería posible.[166]

Menciona López Alarcón que:

> La configuración del contenido esencial de los derechos fundamentales requiere: A) Delimitar dentro del contenido general de cada derecho fundamental con criterios de esencialidad, suministrados por los datos normativos que ofrece la Constitución y por otros que contribuyen a la fijación de su esencia. B) Configurarlos también mediante las limitaciones que establece también la propia Constitución o que son esenciales para su correcta funcionalidad, sin restricciones que lo anulen, lo dificulten o lo hagan impracticable, lo que viene a construir una garantía institucional de todos y cada uno de los derechos fundamentales.[167]

Del mismo modo, Vázquez Valencia menciona que: "el contenido esencial de los derechos se determina internamente a partir de la finalidad del derecho mismo: se

---

[165] STC 36/1981.

[166] Cfr. Prieto Sanchís, Luis, op. cit., nota 95, p. 142.

[167] López Alarcón, Mariano, "Contenido esencial del derecho de libertad religiosa", *Anales de derecho*, España, núm. 15, 1997, p. 27.

delimita realizando una interpretación teleológica desde el bien humano protegido y la función que el derecho cumple."[168]

Muñoz Arnau explica que:

> El contenido esencial no es fragmento, núcleo interno o reducto del derecho. Es lo que ha de permanecer vivo pese al tiempo; lo que persiste abierto al cambio, reconocible siempre, pero nunca idéntico a sí mismo. La "esencia" del derecho -o el derecho sin más- es lo que ha de mantenerse en el devenir y su determinación, por tanto, no es indagación de un arquetipo imperturbable o desvelamiento de lo oculto bajo lo accesorio o contingente. El derecho fundamental se reconoce o no al enjuiciar la ley y en esto consiste su defensa jurisdiccional: en examinar si la legislación de cada tiempo puede verse como una forma histórica del derecho que la Constitución creó..., La declaración constitucional del derecho supone entonces estrictamente, la apelación a una imagen de cultura que la tradición jurídica, convocada por la Constitución, proporciona al interprete.[169]

Es por estas razones que Luciano Parejo Alfonso menciona que: “La depuración de la garantía de un contenido esencial de los derechos fundamentales representa, pues, una cuestión de primera importancia para la correcta interpretación y aplicación del texto constitucional.”[170]

De la misma forma, Villaseñor Goyzueta menciona que:

> Por “contenido esencial” cabría entender el contenido de los derechos constitucionalmente declarado, que debe ser delimitado por el intérprete a la luz de los preceptos constitucionales, a través de una interpretación

---

[168] Vázquez Valencia, Luis Daniel, op. cit., nota 86, p. 94.

[169] Muñoz Arnau, Juan Andrés, *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*, Pamplona España, Aranzadi, 1998, p. 96.

[170] Parejo Alfonso, Luciano, op. cit., nota 126, p. 171.

sistemática y unitaria de la Constitución, y mediante una comprensión de cada derecho fundamental en conexión con los valores y conceptos morales que se encuentran en su base, y con las finalidades a las que obedece su protección.[171]

La Sentencia STC 11/1918[172] es la más significativa en España respecto al contenido esencial, en ella el Tribunal Constitucional, propone una doble vía para aproximarse a la noción del mismo, y al mismo tiempo define el contenido esencial del derecho de huelga.

En su fundamento jurídico 8 establece que para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de "contenido esencial "...cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se puede llamar la naturaleza jurídica o el modo de

---

[171] Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, op. cit., nota 46, pp. 20 y 21.

[172] Esta sentencia es la resolución del recurso de inconstitucionalidad promovido por un grupo de diputados, contra diversos preceptos del Decreto-Ley 17/1977 del 4 de marzo, que regula el derecho de huelga y los conflictos colectivos de trabajo, los artículos a los que se refiere son los artículos 1 al 28 y contra las disposiciones adicionales 1.ª y 4.ª.

Los recurrentes argumentan que la configuración que se hace en este Decreto-Ley respecto al derecho de huelga contradice lo establecido por la Constitución española. Dentro de los artículos impugnados se encuentra el 10 que establece que el Gobierno, a propuesta del Ministro del Trabajo o de la autoridad competente puede interrumpir una huelga o impedir a algunos trabajadores el ejercicio de la misma; por lo cual, no puede verse respaldada por la Constitución en su artículo 28.2, según el cual la ley que regule el ejercicio del derecho de huelga establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

De igual forma, el articulo 11 declara ilegales una seria de huelgas que se entienden protegidas por el derecho configurado constitucionalmente. Por lo que se trata de una delimitación restrictiva y contraria a la definición amplia que se encuentra en la Constitución sobre el derecho de huelga.

Por su parte el abogado del Estado argumentó que la Constitución no imponía al legislador un modelo riguroso de huelga, de manera que la determinación de dicho derecho por normas no constitucionales es válida siempre que no se afecte el contenido esencial del mismo.

Estas son las posturas tanto de los diputados que pretenden que se declaren dichos artículos inconstitucionales y el argumento del abogado del Estado quien pretende desestimar el recurso, es así, como inicia el trámite de esta importante sentencia respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales.

concebir o de configurar cada derecho. Para ello sugieren "establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces... los especialistas en derecho pueden corroborar si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo." Con ello afirman que "constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así, todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en la sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales."[173]

Con respecto a lo anterior menciona Lorenzo Rodríguez-Armas que:

> Dudamos de la adecuación de esta vía de determinación del contencial. En primer lugar, porque lo que el legislador regula en el tema de derechos fundamentales es lo relativo a su ejercicio (artículo 53.1 "sólo por ley, ..., podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...") y no lo concerniente al contenido esencial propiamente dicho (entendemos que contenido esencial y ejercicio del derecho no son la misma cosa). Por lo tanto, si esta vía se basa en que la doctrina determine si el legislador, legislando sobre un derecho o libertad, se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo no tiene sentido porque el legislador no describe el derecho, no define su contencial ya que cumple su cometido perfeccionando la enunciación constitucional de ese derecho en lo que al ejercicio del mismo se refiere.[174]

---

[173] Cfr. STC 8/1981, f. J. 8.

[174] Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, op. cit., nota 60, p. 208.

En este sentido, se refiere a que no es admisible la equiparación del contenido esencial con las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible, porque se habla de posibilidades de actuación y cuando se habla del contenido del derecho se habla de una cuestión más profunda, si bien es cierto que parte del derecho es la forma de ejercerlo, también es cierto que no es la única parte importante del mismo.

Explica Pérez Luño que:

> El Tribunal Constitucional ha distinguido dos acepciones de la noción del contenido esencial: la primera equivale a "la naturaleza jurídica de cada derecho" que se considera preexistente al momento legislativo; "en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta", de forma que "los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo"; la segunda corresponde a "los intereses jurídicamente protegidos", en el sentido de que se lesionaría "el contenido esencial cuando un derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".[175]

Ambos métodos descritos en la sentencia mencionada no son excluyentes, más bien son complementarios, por lo cual es posible usarlos conjuntamente para determinar el contenido esencial del derecho fundamental en cuestión.

El primero de los referidos consiste en la comparación entre el régimen positivo del derecho correspondiente y el tipo abstracto del mismo, que es preexistente a la regulación legal, y el segundo se resuelve en un idéntico método comparativo entre en régimen positivo del derecho y los intereses jurídicamente protegidos a través de éste, es decir, que ambas vías se sitúan en el plano de la abstracción y

[175] Pérez Luño, Antonio Enrique, op. cit. nota 47, p. 73.

las categorías jurídicas generales, sin llegar a situaciones concretas e individualizadas.[176]

El Fundamento jurídico 8 de la antes mencionada sentencia define al contenido esencial de la siguiente forma:

> El contenido esencial es aquella parte del contenido del derecho que debe ser preservada para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, 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.[177]

En el fundamento jurídico 10 se establece de esta manera, que la cesación del trabajo pertenece al contenido esencial del derecho de huelga: "cabe decirlo así no sólo porque esta es la más antigua de las formas de hacer huelga y lo que la generalidad reconoce de inmediato cuando se alude a un derecho de este tipo, sino también porque este es un modo que ha permitido la presión para el logro de las reivindicaciones obreras."[178]

De este fragmento se puede observar que el Tribunal se cuestiona la finalidad del derecho de huelga y toma como referencia la forma en que se entiende este derecho de manera general, que son elementos que se encuentran fuera de la norma constitucional pero que preexisten en el derecho, aun antes de su positivación.

En suma, menciona Prieto Sanchís que:

---

[176] Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, op. cit., nota 126, p. 185.

[177] STC 8/1981 f. j. 8.

[178] Ibídem, f. j. 10.

> El contenido esencial se vulnera cuando en la normativa legal ya no es posible reconocer los elementos constitutivos que identifican y singularizan el derecho fundamental…, el contenido esencial de un derecho comprende aquellos elementos mínimos que lo hacen recognoscible, que impiden su desaparición o su transformación en otra cosa…, para la determinación del contenido esencial no basta acudir a la Constitución, sino que ha de indagarse en la esfera de los conceptos jurídicos tradicionales, atender a las ideas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas…, se trata de un valor absoluto y no relativo, es decir, que cualesquiera que fueren las circunstancias invocadas para la limitación del derecho, éste ha de conservar siempre sus rasgos esenciales…, la cláusula del contenido esencial no se configura como una exigencia de proporcionalidad entre sacrificio del derecho y las circunstancias o finalidades que justifican dicho sacrificio, sino como una esfera de intangibilidad que nunca, en ningún caso, puede sobrepasarse.[179]

Se debe agregar que el contenido esencial se identifica con el contenido mínimo del derecho, de modo, que la limitación del derecho sólo es legitima si no lo vulnera.

Este límite de los límites que representa el contenido esencial es un valor o concepto absoluto, ya que, si se le considerara solamente como un requisito a examinar durante la actividad limitadora a fin de que ésta no sea injustificada o en su caso arbitraria, no añadiría nada en lo absoluto a la protección de los derechos fundamentales, por ello, carecería de un significado autónomo. Pues toda limitación, como hemos mencionado al principio de este capítulo, debe ser justificada, además de respetar el contenido esencial, dicho en otras palabras, si la norma limitadora tiene buenas razones que la justifiquen, aun así, resultará ilegitima si afecta al contenido esencial del derecho de que se trate.

---

[179] Pérez Luño, Antonio Enrique, op. cit., nota 47, pp. 143 y 144.

Como ya se ha mencionado a lo largo de este trabajo los derechos fundamentales, como cualquier otro derecho subjetivo, no son ilimitados, sino que también se encuentran sujetos a un sistema de límites, aunado a la garantía del contenido esencial que se entiende como una barrera infranqueable al resultado del proceso de concreción de éstos.[180]

En este sentido, Luciano Parejo Alfonso explica que:

> La garantía del contenido esencial está dirigida precisamente a preservar para los derechos fundamentales una concreta e irreductible posición última en ese proceso de determinación del Derecho, de modo que en el juego de acomodo de los bienes en presencia y, consecuentemente, de precisión de límites encuentra en todo caso, a su vez, un límite final; el del contenido esencial de tales derechos fundamentales. De este modo, la garantía de este contenido es, al propio tiempo, un límite a la regulación (aspecto negativo) y la expresión positiva del valor asignado a los derechos fundamentales como piezas constructivas imprescindibles e insustituibles (al menos en ese contenido nuclear) del entero ordenamiento (aspecto de garantía institucional).[181]

En el mismo sentido menciona Villaseñor Goyzueta que:

> La cláusula del contenido esencial no significa que el derecho fundamental deba imponerse siempre y en cualquier caso a otro bien colectivo o a intereses individualmente contrarios, sino que las inevitables limitaciones y sacrificios que implica la convivencia y colisión de diferentes derechos y titulares de los mismos, no pueden dejar inoperable ese contenido mínimo llamado esencial.[182]

---

[180] Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, op. cit., nota 126, p. 177.

[181] Ibídem, p. 182.

[182] Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, op. cit., nota 46, pp. 21 y 22.

Por su parte, Simoneti Berstelen al citar a De Otto y Pardo, explica sobre la garantía del contenido esencial lo siguiente:

> […] la función de la garantía del contenido esencial es puramente argumentativa, porque el fundamento de la constitucionalidad de la limitación no es realmente un juicio acerca del contenido esencial del derecho, sino un juicio acerca del propio límite sin que el discurso se apoye en el examen del derecho afectado: a la misma conclusión podría llegarse sin hacer mención del contenido esencial."[183]

De igual forma, menciona Lorenzo Rodríguez-Armas que:

> No son pocos los que dudan acerca de la existencia misma del contencial. Parece que estamos aquí ante una cuestión de fe: hay los que creen que existe el contenido esencial y los que lo niegan (los más numerosos). Nosotros tratamos de dar razones de por qué creemos que el contencial es algo real. Es un intento de aportar algo de luz en una cuestión tan obscura, que hasta representantes del máximo órgano interpretador de la Constitución se plantean su existencia por supuesto en opiniones privadas.[184]

Cuando hablamos del contenido esencial de los derechos fundamentales hablamos de algo anterior a la regulación constitucional, por lo que su carácter es evidentemente de preexistencia, y la norma constitucional se limita a reconocerlo.

Por lo cual, se sostiene la existencia de un núcleo resistente a toda limitación que debe ser preservado en todo caso, esto quiere decir que, aún si existen razones justificadas para la limitación o restricción, el contenido esencial es una parte del derecho que no está sujeta a la negociación o al debate.[185]

---

[183] Simoneti Berstelen, Soledad, op. cit., nota 102, p. 66.

[184] Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, op. cit., nota 60, p. 172.

[185] Cfr. Prieto Sanchís, op. cit., nota 56, p. 71.

Sin embargo, también se habla de que el contenido esencial es aquella parte del derecho que aún queda de pie después de una limitación justificada o legítima, lo que hipotéticamente podría conducir al sacrificio total del derecho, si la protección de otro derecho o bien constitucional así lo requiere.

2.4. Teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales

Como menciona Prieto Sanchís:

> […] no se trata, por cierto, de preservar "una parte" del derecho como esfera intocable, olvidándose de la "otra parte", pues solo metafóricamente cabe hablar de "partes" en el contenido de un derecho; de lo que se trata más bien es de comprobar si al final de la regulación legislativa el derecho fundamental puede seguir siendo reconocible como perteneciente al tipo descrito en la Constitución según los criterios de significado de nuestro lenguaje y cultura jurídica.[186]

Esta teoría considera al contenido esencial en sí y con independencia de los demás derechos o valores.

Por su parte, los defensores de esta teoría que afirma la existencia de un núcleo esencial invulnerable, sostienen la teoría subjetiva, por lo que consideran que no es posible traspasar ese núcleo de modo individualizado.[187]

Pues cualquier injerencia en el contenido esencial es inconstitucional, aunque sea en el caso individualizado, ya que este contenido es uno y siempre el mismo, además de que debe ser establecido para cada derecho de manera particular.

En este sentido, la forma de determinar el contenido de los derechos fundamentales debe hacerse desde el sistema jurídico entero, pues toda apreciación o interpretación que se haga de forma aislada sería inadecuada y

---

[186] Ibídem, p. 73.

[187] Cfr. Pujalte pp. 34 y 35.

pondría en riesgo el contenido del derecho, es decir, el contenido del derecho fundamental queda delimitado por el contenido del sistema jurídico en su totalidad.[188]

Bastida Francisco y Villaverde Ignacio mencionan que para esta teoría:

> […] el contenido esencial de un derecho fundamental es ciertamente su contenido indisponible al poder limitativo de la ley. El derecho fundamental debe ser previamente delimitado conceptualmente para identificar cuál sea su contenido esencial, y cuál su contenido no esencial, para así saber cuál sea el ámbito en el que el legislador puede imponer límites (siempre al contenido no esencial), que además deben seguir siendo razonables.[189]

Señala Pujalte que:

> […] el imperativo de que se respete su contenido esencial no puede entenderse ciertamente en el sentido de que los derechos tengan una esencia metafísica, pero sí parece aludir desde luego a un contenido que se relaciona con la propia naturaleza del derecho, a un contenido por tanto externo a la Constitución... Sólo este recurso a criterios extraconstitucionales permite, una interpretación dinámica o evolutiva de los derechos fundamentales, que tenga en cuenta las concretas circunstancias históricas y sociales, y evite el anquilosamiento del contenido de una norma que, por su propia naturaleza, tiene una clara vocación de perdurabilidad, en las particulares "concepciones" propias del momento de su elaboración.[190]

Sin embargo, como ya se dijo antes, la Constitución no proporciona todos los datos necesarios para determinar el contenido del derecho, por ello es necesario recurrir a criterios extra constitucionales, por lo que es necesario entender el

---

[188] Cfr. Martínez- Pujalte, Antonio Luis, op. cit., nota 128, p. 68.

[189] Bastida, Francisco y Villaverde Ignacio, op. cit., nota 98, p. 122.

[190] Martínez- Pujalte, Antonio Luis, op. cit., nota 128, p. 71.

significado del derecho recogido en la norma constitucional; a esto se refiere el Tribunal español cuando sugiere "recurrir a las ideas generalizadas y convicciones generales admitidas entre los juristas, jueces y, en general, los especialistas del derecho."[191]

Por lo cual la interpretación que se haga sobre el contenido del derecho debe hacerse siempre a la luz de la interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, y mediante la comprensión de cada derecho en conexión con otros valores que se encuentran en su base y con las finalidades por las cuales se protege.

Según esta teoría existe un núcleo fijo que no depende de la ponderación, por lo cual éste núcleo debe ser fijado de manera autoritaria, por ello es muy diferente asegurar que el derecho tiene un núcleo absoluto, a señalar el contenido del mismo, por lo cual otra opción para determinar el contenido es por medio de una solución de conflictos entre principios que se hace por medio de la ponderación, sin embargo, hacerlo de esta forma implicaría adoptar la postura de la teoría relativa.[192]

Esta teoría en principio evita cierta relativización de la garantía al prohibir de manera absoluta la intervención en el núcleo duro del derecho. Sin embargo, esto nos lleva a dejar al arbitrio del legislador el establecimiento de límites en cualquier parte que no sea esencial, con lo cual en la práctica el ejercicio de ese derecho podría verse reducido sólo al núcleo ilimitable.

Se distingue así una parte esencial y una accesoria del derecho, sólo esta primera parte equivale al contenido esencial y no todo el contenido del derecho, por lo que el legislador puede establecer restricciones a la parte accesoria del derecho, sin embargo, esto no significa que esta parte limitable esté sujeta a arbitrariedades.[193]

---

[191] STC 8/1981.

[192] Cfr. Borowski, Martin, op. cit., nota 51, pp. 99 y 100.

[193] Cfr. Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, op. cit., nota 46, p. 32.

Siguiendo con la misma idea, menciona Gavara de Cara que:

> […] el núcleo esencial de la institución (resistente a toda deformación y beneficiario pleno de la garantía específica constitucional) y una zona exterior al mismo (expuesta a la evolución y al cambio, externa al efecto específico de la garantía). En toda institución se articulan dos círculos concéntricos: el interior, formado por los elementos esenciales de la misma (sin los cuales perdería su identidad) y el exterior, constituido por los elementos accidentales (cuya desaparición no pondría en cuestión la persistencia de la institución).[194]

Para esta teoría el contenido esencial es una medida fija de carácter constitutivo en el sentido de que cada norma de derecho fundamental tiene un mínimo estable e inafectable, lo cual tiene como consecuencia, que al ser infringido se produce una declaración de inconstitucionalidad.

Por el contrario, para Castillo Córdova "no existe un contenido esencial si con ello se entiende que existe un contenido no esencial el cual según una interpretación *contrario sensu* del artículo 53.1 CE puede ser no respetado (ser lesionado, aunque sea cumpliendo el juicio de proporcionalidad) por el legislador en su labor de regular el ejercicio de los derechos fundamentales.[195]

En este sentido, explica Gavara de Cara que:

> Desde el punto de vista de las teorías absolutas, el contenido esencial de los derechos fundamentales, considerado como un núcleo mínimo, es también una indeterminación o apertura. Sin embargo, al considerarse un ámbito excluido al desarrollo legislativo su indeterminación sólo puede ser solucionada por el Tribunal Constitucional.

---

[194] Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, pp.229 y 230.

[195] Castillo Córdova, Luis, op. cit., nota 61, p. 14.

Sigue explicando que:

> La debilidad de este planteamiento viene ocasionada, precisamente, porque, según el mismo, el contenido esencial debe ser determinado por el Tribunal Constitucional. Esta necesidad de determinación corre el riesgo de sobrepasar la interpretación y aplicación de las normas constitucionales y se encuentra próxima a la creación de las normas constitucionales.[196]

Además, esta teoría abre la puerta a la relativización de los derechos ya que al distinguir entre una parte esencial y otra no esencial o accesoria, se tiene la posibilidad de restricción indiscriminada para la parte accesoria, lo que se acrecienta gracias a la inevitable dificultad para determinar el núcleo absoluto.[197]

2.5. Teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales

Esta teoría considera al contenido esencial de los derechos fundamentales en relación con otros derechos o valores.

Por su parte la teoría relativa tiene relación con la dimensión objetiva de los desechos fundamentales, pues, ésta trata de dilucidar de manera primordial el problema de la justificación de las restricciones y se preocupa preferentemente por preservar el contenido abstracto de los derechos.[198]

Esta teoría propone que el contenido esencial de los derechos fundamentales debe determinarse por medio de la aplicación del principio de proporcionalidad, por ello éste contenido se determina ante todo mediante una ponderación, esto es

---

[196] Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 271.

[197] Cfr. Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, op. cit., nota 46, p. 33.

[198] Cfr. Martínez- Pujalte, Antonio Luis, op. cit., nota 128, pp. 34 y 35.

debido a que esta teoría presupone que las normas constitucionales son principios.[199]

De igual forma, para ella el contenido esencial es lo que queda de un derecho limitado cuando los límites se consideran razonables y justificados, si el límite es razonable, entonces, no ha invadido el contenido esencial.[200]

En este sentido, la teoría descrita considera que los derechos fundamentales son principios por lo cual les corresponde como forma de solución de conflictos la ponderación, por este motivo se defiende en mayor medida la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, es decir, los derechos en abstracto, y es por este motivo que en el caso particular existe la posibilidad de que no se deje contenido alguno al derecho subjetivo, de esta forma se reduce la garantía del contenido esencial al principio de proporcionalidad.[201]

Del mismo modo, el principio de ponderación de bienes fue designado como el parámetro que determina el modo y medida de los límites que son admisibles a los derechos fundamentales.[202]

En el mismo tenor, considera Nogueira Alcalá que:

> […] para la teoría relativa, el contenido esencial es lo que queda después de la ponderación de los derechos o del derecho respectivo con otros bienes jurídicos constitucionales, buscando proteger el derecho en toda su extensión, a través de un equilibrio entre los derechos de las personas y los intereses de la sociedad.[203]

---

[199] Cfr. Borowski, Martin, op. cit., nota 51, pp. 98 y 99.

[200] Cfr. Bastida, Francisco y Villaverde Ignacio, op. cit., nota 98, p. 122.

[201] Cfr. Cabezudo Bajo, María José, op. cit., nota 93, p. 193.

[202] Cfr. Häberle, Peter, op. cit., nota 84, p. 175.

[203] Nogueira Alcalá, Humberto, op. cit., nota 110, p. 41.

Para esta teoría, el contenido esencial carece de autonomía conceptual, por lo que no alude a ningún contenido y se reduce a un juicio de proporcionalidad.

Por lo cual, esta teoría parte de la constatación de que toda restricción de los derechos fundamentales exige una justificación, misma que se puede encontrar en el texto constitucional o puede derivarse de forma implícita de él, en tanto, que corresponde a la necesidad de proteger o preservar otros derechos constitucionales y otros bienes constitucionalmente protegidos. Además, no existe ningún elemento identificable como permanente.[204]

En este sentido Gavara de Cara explica que: "las teorías relativas consideran, y es su diferencia sustancial con las teorías absolutas, que el contenido esencial no es una medida preestablecida y fija, ya que no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental".[205]

Por esta razón, el contenido esencial es respetado cuando la limitación se encuentra justificada.

Gavara de Cara, menciona que: "para Schmidt-Jortzig el núcleo esencial es determinado a través del contraste entre el derecho anterior a la limitación y la situación en que queda tras la intervención, por ello se posibilita la relativización del derecho a través de un proceso histórico de transformación continua, de tal forma que no es perceptible la transformación del derecho intervenido."[206]

En este sentido la determinación del contenido esencial no se puede realizar de manera aislada, sin tener en cuenta otros bienes constitucionales, pues, este contenido no es una medida fija, ni mucho menos independiente del todo constitucional.

---

[204] Cfr. Martínez- Pujalte, Antonio Luis, op. cit., nota 128, p. 21.

[205] Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 21.

[206] Ibídem.

Como menciona Gavara de Cara: “El contenido esencial de un derecho fundamental y los límites admisibles a ese derecho fundamental forman una unidad cuya corrección se determina a través del principio de ponderación de bienes, que deberá tener en cuenta el significado de los derechos fundamentales para la vida social y el carácter de principio jurídico de los derechos fundamentales.”[207]

Como hemos explicado la base de esta teoría es que el contenido esencial de los derechos fundamentales no está preestablecido ni es fijo, por lo que, de acuerdo con ésta este contenido sólo es afectado cuando a través de una intervención es limitado de manera más estricta que lo que obliga la justificación constitucional que le da origen a la intervención.

Recordemos que la restricción proviene de un supuesto de necesidad, y que debe tener una extensión limitada que bebe permitir al derecho su correcto ejercicio.

Como podemos observar el contenido esencial tiene simplemente un valor declarativo, ya que no es un elemento constante e inalterable, pues, su determinación depende de la norma constitucional que faculta la intervención y la adecuada limitación del derecho.

Por lo que la afectación al derecho es admisible en el caso concreto pues afecta al derecho en cuanto derecho subjetivo, sin considerarlo de manera objetiva y abstracta.

Hasta aquí dejamos momentáneamente lo referente a la teoría relativa del contenido esencial, tema que se aborda de manera más profunda en el capítulo tercero de este trabajo.

2.6. El papel de los poderes legislativo y judicial frente al contenido esencial de los derechos fundamentales

[207] Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 102.

Para finalizar este capítulo, abordaremos de manera superficial, el papel que juegan los poderes legislativo y judicial, así como el papel de los doctrinarios en la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales.

En primer lugar, tocamos lo referente al poder legislativo quien concretiza los límites de los derechos fundamentales, sin lesionarlos o relativizarlos, ya que su principal finalidad es la de reafirmarlos y asegurarlos, en otras palabras, los determina.

Como se ha mencionado con anterioridad, la garantía del contenido esencial surge como una medida dirigida a limitar la capacidad limitadora del legislativo, por lo cual, lo que pretende esta cláusula es reforzar la garantía de los derechos fundamentales, haciendo más rigurosa la vinculación del legislador con la Constitución cuando su actividad tiene como objeto el desarrollo de los derechos fundamentales.[208]

En ese tenor, establece la Sentencia del Tribunal constitucional español STC 8/1981, en el fundamento jurídico 7 lo siguiente:

> Corresponde…al legislador ordinario que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho (fundamental), que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que las impulsen, siempre que no pasen más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53.
>
> […] el movimiento pendular entre amplitud y la generosidad o la restricción (en la concepción y configuración globales de un derecho) vuelve a ser una decisión política que tiene que adoptar el legislador ordinario sin más límites que los que el derecho fundamental tenga, pues ningún derecho, ni aun los

[208] Cfr. Prieto Sanchís, Luis, op. cit., nota 95, p. 140.

> de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados.[209]

En esta misma línea, podemos afirmar que el contenido esencial es una categoría establecida con la finalidad de que el legislador, al regular los derechos, respete los elementos y contornos que dan a este su propia naturaleza.[210]

Por tanto, el papel del legislador frente al contenido esencial es, por decirlo de alguna forma, de no intervención, el legislador está obligado a respetarlo en todo momento al realizar la labor para la cual está facultado debido a la soberanía popular que representa, sin embargo, no está facultado para establecer el contenido esencial, simplemente debe abstenerse de afectarlo al limitar o delimitar los derechos fundaméntales.

En el mismo sentido, Muñoz Arnau menciona que: “el desarrollo legislativo del ejercicio de los derechos fundamentales no deja de ser problemático pues esa ley de desarrollo podría incurrir en limitaciones excesivas rayando la inconstitucionalidad, por lo que aquí se unen tanto una labor delimitadora como limitadora, debiendo ser analizada por los operadores jurídicos su adecuación al texto constitucional.”[211]

En el mismo tenor, expone Zagrebelsky:

> Una situación en la que la mayoría legislativa política es sustituida, cada vez con más frecuencia, por cambiantes coaliciones legislativas de intereses que operan mediante sistemas *du ut des*… Las leyes pactadas, para poder conseguir el acuerdo político y social al que aspiran, son contradictorias, caóticas, oscuras y, sobre todo, expresan la idea de que- para conseguir el

---

[209] STC 8/1981, f. j. 7.

[210] Cfr. Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, op. cit., nota 46, p. 9.

[211] Muñoz Arnau, Juan Andrés, op. cit., nota 161, p. 96.

acuerdo- todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles.[212]

Por todo lo anterior, es que la ley de desarrollo de un derecho se presenta siempre como algo problemático, pues, se encuentra abierta a la voluntad de las mayorías que pueden expresar concepciones dispares sobre el contenido del derecho, misma concepción que puede rayar en la inconstitucionalidad.

Sin embargo, la ley puede ser objeto de discernimiento por quien la aplica, y puede plantearse la posibilidad de que durante la labor delimitadora se haya incurrido en limitaciones excesivas.

Por tanto, la garantía del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales aparece como una norma de clausura que restringe el campo de acción de la ley.[213]

Pero si el legislador no está facultado para determinar el contenido esencial, entonces, ¿Quién sí lo está?

La respuesta a esta interrogante la encontramos en el intérprete supremo de la Constitución, es decir, en el Poder Judicial, el único facultado para interpretar la Constitución.

Esto es así, porque al interpretar no realiza funciones legislativas, ni constituyentes, pues, no agregan algo a la norma constitucional, sino simplemente precisan su contenido.[214]

---

[212] Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, p. 38.

[213] Tórtora Aravena, Hugo, op. cit., nota 80, p. 184.

[214] Cfr. Simoneti Berstelen, Soledad, op. cit., nota 102, p. 62.

Cuando el juez determina si una ley afecta el contenido esencial de un derecho fundamental, primero debe determinar cuál es éste, y de esta determinación depende que se haga realidad la garantía del contenido esencial.

Es así, como la labor jurisprudencial es indispensable para la realización práctica del respeto al contenido esencial; el papel de éste en la interpretación judicial es contribuir a la correcta apreciación de una verdadera definición de contornos; y cuándo existe una real injerencia en el contenido esencial.[215]

Como observamos, la labor jurisprudencial de los jueces es importante para establecer el contenido esencial de los derechos fundamentales ya que con ella se establece qué es lo que pertenece a ese contenido y qué queda fuera de él, con ello facilita la actividad del legislador al crear nuevos límites a los derechos, de igual forma, gracias a la actividad jurisdiccional podemos saber si una ley que se encuentra en vigor es inconstitucional debido a que afecta el contenido esencial de algún derecho.

Por lo cual, si los derechos fundamentales, generales y abstractos se interpretan de forma tal que su contenido se limite o ultraje; el ejercicio del interprete constitucional perderá credibilidad, reconocimiento social y será condenado a una deficiente operatividad del derecho.[216]

Expone Carpizo que: “Los preceptos constitucionales que consagra derechos fundamentales, por lo regular, establecen principios y valores de gran abstracción. Esta característica de las Constituciones modernas implica un amplio margen de acción para el intérprete…”

---

[215] Cfr. Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, op. cit., nota 46, pp. 9 y 10.

[216] Cfr. Carpizo, Enrique, “Algunas reflexiones sobre los límites al intérprete judicial de la Constitución”, *Revista de la facultad de derecho de México*, México, t. LIX, núm. 251, enero-junio de 2009, pp. 177-188.

El mismo autor al mencionar a Pérez Tremps quinen menciona que los riesgos de esta abstracción son: “Que al determinar el contenido protegido por los derechos, el intérprete pretenda introducir cualquier tipo de pretensión generando una seria devaluación de los derechos fundamentales, y que el intérprete caiga en la tentación de ser quien define el contenido de los derechos conforme a su propia discrecionalidad.”[217]

Por lo cual, según Prieto Sanchís: “el simple hecho de que exista la cláusula obliga (o debería obligar) a los jueces a pronunciarse sobre la misma en todos los casos en que estuviera en juego un derecho fundamental.[218]

A pesar de lo anterior, no olvidamos mencionar que a la par de la actividad legislativa y judicial en la protección de estos contenidos, se encuentra también la actividad doctrinaria, que como recordamos de la sentencia del Tribunal Constitucional español que se explicó en líneas anteriores, para la determinación de los contenidos esenciales es necesario recurrir a la opinión generalizada de los expertos para tener un mejor entendimiento sobre el contenido de los derechos.

Por lo cual, no debemos omitir que la actividad doctrinaria tiene un peso sobresaliente en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales.

[217] Carpizo, Enrique, op. cit., nota 216, pp. 178-179.

[218] Prieto Sanchís, op. cit., nota 56, p. 73.

Capítulo Tercero. Ponderación como método para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales

1. Reglas y principios

El presente capítulo se divide en dos partes, la primera de ellas se dedica al estudio de reglas y principios, para ello se describen las características de ambos, por un lado, las reglas como normas que se cumplen o no, así como las excepciones a las mismas y su forma de aplicación, es decir, la subsunción.

Se da igual tratamiento a los principios, explicando sus características principales como son: su generalidad, abstracción, carácter *prima facie*, carácter de mandatos de optimización, deber ser ideal y gradualidad.

De igual forma se expone la colisión entre principios con base en las tesis no conflictualista y conflictualista, por último, se comienza con la explicación de la ponderación como forma de resolver conflictos entre principios.

La segunda parte se ocupa de la ponderación y el principio de proporcionalidad, para lo cual se explican los tres subprincipios que integran la ponderación de principios, estos son: idoneidad o adecuación, necesidad o indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto. Para finalizar este apartado se explican los límites de la ponderación y las críticas a ésta.

Para comenzar se dice que las reglas se aplican de manera disyuntiva, cuando los hechos que estipula la norma están dados, entonces la regla es válida, por lo que la respuesta dada por ella es aceptada, pero en caso contrario la norma no aporta nada a la decisión y no debe ser tomada en cuenta. Por lo anterior, podemos afirmar que las reglas son o no son funcionalmente importantes.[219]

En este sentido se afirma que: "…, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o

[219] Cfr., Dworkin, Roland, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Planeta, 2012, pp. 75 y 78.

incumplidas. Si una regla es válida entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos."[220]

Por ello es que se habla de las reglas como un deber definitivo, pues cuando una regla vale es aplicada, y siempre se imputa una consecuencia jurídica, además las reglas no pueden simplemente ceder ante otras reglas en los casos concretos[221], es decir, que para las reglas sólo existen dos posibilidades, la primera, si la regla es válida entonces se aceptan las consecuencias jurídicas, la segunda, si no es válida no cuenta para nada en la decisión,[222] por lo cual éstas son determinaciones en el campo de lo fáctico y jurídicamente posible.

Sin embargo, menciona Dworkin que:

> […] una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entren en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso. Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida..., un sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial o algo similar. Un sistema jurídico también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes.[223]

---

[220] Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2014, p. 14.

[221] Cfr. Borowski, Martin, op. cit., nota 51, p. 48.

[222] Cfr. Alexy, Robert, op. cit., nota 220, p. 10.

[223] Dworkin, Roland, op. cit., nota 219, p.78.

En este sentido, los conflictos entre reglas se resuelven bajo la dimensión de la validez, por tanto, la contradicción se soluciona declarando a una norma nula, es decir, no válida, y por ello es expulsada del sistema jurídico vigente.[224]

Por otro lado las excepciones a una regla pueden ser enumeradas *ex ante*, es posible determinar todas las que sean relevantes dentro del sistema jurídico, en otras palabras, es posible entender una regla como una norma completa, que debe ser formulada junto con todas las excepciones que se encuentran dispersas en todo el ordenamiento jurídico.[225]

Como la norma tiene excepciones es inexacto e incompleto mencionarla sin enumerarlas.[226]

Aunado a lo anterior, las reglas están configuradas de forma cerrada, en otras palabras, las propiedades que constituyen el supuesto son finitas, pues los supuestos que regula la regla están determinados desde el principio junto con sus excepciones.

Además, cuando el derecho está garantizado mediante una norma no susceptible de ponderación, estamos en presencia de una regla, por lo cual se sabe de antemano que no existen colisiones con otros derechos o bienes jurídicos susceptibles de ser resueltas mediante la ponderación.[227]

Es por esto último que tratándose de reglas se aplica la subsunción para su aplicación, es decir, que, si la situación de hecho se adecua a la norma jurídica, ésta es aplicable al caso, siempre y cuando no exista una excepción que excluya su utilización en el caso concreto.

---

[224] Cfr. Alexy, Robert, op. cit., nota 220, p. 12.

[225] Cfr. Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid-México, Fundación coloquio jurídico europeo y Fontamara, 2007, p. 374.

[226] Cfr. Dworkin, Roland, op. cit., nota 219, p. 75.

[227] Cfr. Borowski, Martín, op. cit., nota 75, p. 39.

Por su parte, para Ronald Dworkin el principio puede ser entendido como "todo el conjunto de estándares que no son normas", pero también denomina "directriz" o "directriz política" al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad. Además, llama principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.[228]

Para Atienza se puede entender por principio una norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales.[229]

Cuando se habla del carácter general de los derechos fundamentales se habla también de su abstracción y de su carácter de normas abiertas a la interpretación, en opinión de Martínez Pujalte "el carácter abierto de las normas constitucionales reclama, pues, del intérprete un esfuerzo de comprensión de los preceptos constitucionales desde los preceptos Morales que se encuentran en la base, lo que no es sino consecuencia de la esencial dimensión axiológica de la norma constitucional."[230]

Así mismo se puede entender a los principios como normas redactadas en términos particularmente vagos o abstractos.[231]

En el caso de los principios las propiedades que los conforman no pueden formularse en una lista cerrada, es decir, que las condiciones para su aplicación no se encuentran siquiera determinadas de manera genérica.

---

[228] Cfr. Dworkin, Roland, op. cit., nota 219, p 72.

[229] Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, España, Ariel, 1996, p.3.

[230] Martínez- Pujalte, Antonio Luis, op. cit., nota 128, p. 37.

[231] Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, op. cit., nota 229, p. 3.

Este es el caso de los derechos garantizados mediante principios, que son derechos limitables, las nomas que los restringen son restricciones del principio, es decir, que la restricción consiste en que algo, ordenado *prima facie* por el principio, no valga definitivamente.[232]

En este sentido, los principios no incorporan un mandato definitivo sino sólo *prima facie*, porque, solo alcanzan a ser definitivos una vez que, consideradas todas las circunstancias del caso, se establece la medida ordenada de su satisfacción, esto es, mediante la aplicación de la proporcionalidad.[233]

El principio puede ser entendido como una norma programática o directriz, es decir, que se estipula la obligación de perseguir determinados fines.[234]

Los principios ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible dentro de las posibilidades reales y jurídicas. Menciona María Cabezudo Bajo que: " en primer lugar, se consideran reales, porque resultan necesarias y adecuadas y, en segundo término, se califican como jurídicas, en la medida en que se adecuen al principio de proporcionalidad en sentido estricto."[235]

Aunado a lo anterior sigue explicando la misma autora que: "Con el juicio de ponderación que se introduce a través del carácter de principio que la cláusula restrictiva reviste, se pretende alcanzar una solución óptima y es por ello... que los principios constituyen mandatos de optimización."[236]

Esta optimización de los principios se desprende de una dimensión que las reglas no tienen y es la dimensión del peso o importancia, ya que quien debe decidir

---

[232] Cfr. Borowski, Martín, op. cit., nota 75, p. 40.

[233] Cfr. Lopera Mesa, Gloria Patricia, “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho,* núm. 27, 2004, p. 218.

[234] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, op. cit., nota 229, p. 4.

[235] Cabezudo Bajo, María José, op. cit., nota 93, p. 175.

[236] Ibídem.

debe tomar en cuenta el peso relativo de cada principio, sin embargo, en esto no existe una medición exacta y el juicio sobre si un principio en particular es más importante que otro será motivo de controversia, a pesar de esto, el que tenga esta dimensión hace importante preguntar qué peso o qué importancia tiene el principio.[237]

Por lo antes mencionado es que los principios representan un objeto de optimización, que puede ser realizado en un grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas.[238]

Para Robert Alexy:

> […] el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.[239]

Sobre este tema menciona Carlos Bernal Pulido que: “A fin de establecer 'la mayor medida posible' en la que un principio debe ser cumplido, es necesario contrastarlo con los principios que juegan en sentido contrario o con los principios

[237] Cfr. Dworkin, Roland, op. cit., nota 219, p. 78.

[238] Cfr. Borowski, Martin, op. cit., nota 51, p. 49.

[239] Alexy, Robert, op. cit., nota 225, pp. 143-144.

que dan fundamento a las reglas que juegan en sentido contrarios. En una constelación semejante, estos principios entran en colisión."[240]

También se dice que son un deber ser ideal, puesto que, el mandato de optimización incorpora en sí un deber ser ideal, *ideales sollen*, que indica el horizonte normativo al que debe dirigirse su aplicación, pero en cuya formulación no se consideraron los cuestiones fácticas o posibilidades reales, ni mucho menos las jurídicas, a saber, otras normas con las que pudieran colisionar, y que condicionan su aplicación.[241]

De igual forma, son gradualmente realizables, debido a que el grado de realización y la importancia de esta determinan en cada caso en concreto qué principio se impone en una colisión entre principios.

Además, los principios ordenan que algo se realice "en la mayor medida de lo posible", por tanto, se sugiere un mayor o menor grado de realización del principio dentro de los márgenes que son determinados por ciertas posibilidades tanto fácticas como jurídicas.[242]

Por último la ponderación es la forma de resolver los conflictos entre principios y también la forma de aplicación de los mismos, puesto que los conflictos entre principios se deciden en la dimensión del peso, en cada caso concreto, no obstante, "al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se le declara inválido".[243]

---

[240] Bernal Pulido, Carlos, "La racionalidad de la ponderación" *Revista española de derecho constitucional*, núm. 77, mayo- agosto de 2006, p. 60.

[241] Cfr. Lopera Mesa, Gloria Patricia, op. cit., nota 233, p. 217.

[242] Cfr. Lopera Mesa, Gloria Patricia, op. cit., nota 233, p. 216.

[243] Alexy, Robert, op. cit., nota 220, p. 13.

Con la finalidad de simplificar la explicación se examina una norma que establece que "en días hábiles nadie puede trabajar en locales de panadería o pastelería de lunes a viernes entre las cero y las cuatro horas, y de las veintidós a las veinticuatro horas..." esta restricción busca la protección de la salud contra daños que se puedan originar como consecuencia del trabajo nocturno, esta es una norma definitiva, emitida por el legislador, en el mundo de lo fáctico y jurídicamente posible, por lo tanto es una regla, por lo cual no existe ponderación alguna, simplemente una subsunción.

En este sentido, nadie puede trabajar en las fechas y horarios establecidos en la norma, como ya se mencionó los conflictos entre reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, por lo cual, si existen reglas en conflicto una de ellas debe ser declarada inválida según las reglas del sistema, o en su caso una de ellas es introducida al sistema como una excepción.

El primer caso, es decir, que una de las reglas en conflicto se declarara inválida, seria si otra norma expedida con posterioridad expresara lo siguiente: "Se prohíbe el trabajo nocturno, sólo entre las cero horas y las tres y entre las veintitrés y veinticuatro horas", en este caso la ley posterior deroga a la anterior y con ello se acabaría el conflicto entre reglas y una de ellas sería expulsada del sistema, mientras que la otra al ser válida se mantendría en él.

Por el contrario, cuando se trata de principios, la pregunta es si la norma es constitucional, pues, esa norma laboral constituye una limitación a la libertad de empresa, ya que el empresario no puede fijar libremente el horario de trabajo de sus empleados. Esta intervención en el derecho fundamental es constitucionalmente justificada si es proporcional en sentido *lato*, en otras palabras, que pasó los subprincipios de idoneidad o adecuación, necesidad o indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto.[244]

Subprincipios de los cuales se habla más adelante en este capítulo.

---

[244] Cfr. Borowski, Martín, op. cit., nota 75, p. 37.

1.1. Colisión de principios

En este apartado se toca el tema de la colisión de principios, en primer lugar, se explica la teoría no conflictualista y posteriormente la teoría conflictualista sobre la colisión de principios.

La teoría no conflictualista busca superar la visión dialéctica de los derechos, y platea una visión nueva y diferente de los conflictos, pretende que cada derecho sea comprendido desde su contenido esencial, para posteriormente, delimitar el ámbito de cada derecho de tal forma que se evite cualquier posibilidad de un auténtico conflicto, porque los ámbitos de cada derecho no presentan ninguna zona de coincidencia.[245]

Para esta teoría la mayoría de los conflictos que se presentan entre principios son solamente aparentes, ya que, en el caso de uno o ambos derechos conflictuados nos encontramos con exceso en el ejercicio de los mismos.

En otras palabras, el desconocimiento del ámbito de protección del derecho genera que conductas que no son parte del mismo sean consideradas como garantizadas por él.

Es por esto que esta teoría propone, en primer lugar, el estudio del contenido esencial del derecho fundamental, en segundo lugar, una vez que sabemos lo que protege, poder delimitar lo que entra en la esfera de protección y lo que no.

Sin embargo, no se puede asegurar que la colisión entre principios sea imposible, puede llegar existir, pero no todo lo que perece ser una colisión lo es.

Por su pate en la teoría conflictualista “Se habla de colisión o choque de derechos fundamentales cuando el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada

[245] Cfr. Martínez- Pujalte, Antonio Luis, op. cit., nota 128, p.133.

por un sujeto (titular del respectivo derecho) es incompatible con el efecto jurídico perseguido por otro sujeto a partir de un alegato de protección iusfundamental."[246]

Ésta propone que existen situaciones de conflicto que se pueden dar en materia de derechos fundamentales, cuando se trata de aplicar dos normas al mismo tiempo y del mismo rango, que pueden ser de tres tipos:

A. La concurrencia de derechos fundamentales,

B. La colisión entre derechos fundamentales, y

C. Los conflictos entre un derecho fundamental y un bien jurídico constitucional.[247]

De estos tres supuestos nos ocuparemos únicamente en explicar los incisos B y C que representan un conflicto real entre derechos fundamentales.

Por lo que toca al inciso B referente a la colisión entre derechos fundamentales, ésta se da cuando el ejercicio de un derecho fundamental impide o perjudica el ejercicio de otro derecho fundamental, sin importar si se trata del mismo derecho o de uno distinto.

Pongamos un ejemplo, digamos que un grupo de personas a manera de protesta y ejerciendo su derecho a la libre manifestación de las ideas, deciden tomar una plaza importante de la ciudad, así como las calles aledañas a la misma, con lo cual afectan la circulación y a los locatarios de establecimientos mercantiles asentados tanto en la plaza como en las calles mencionadas, en este ejemplo se podría decir que se encuentran conflictuados diferentes derechos fundamentales,

---

[246] Aldunate, Eduardo, "La colisión de derechos fundamentales", *Revista derecho y humanidades*, núm. 11, 2005, p. 69.

[247] Cfr. Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 287.

por un lado, la libertad de expresión y, por el otro, el libre tránsito y la libertad de comercio, esto debido a que el ejercicio de uno dificulta el ejercicio de los otros.[248]

Ahora toca el turno del inciso C correspondiente a los conflictos entre derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionales, que se dan cuando el ejercicio de un derecho fundamental contradice o perjudica un bien jurídico protegido por la Constitución. La existencia de este bien o la contradicción entre estos justifica la intervención del derecho fundamental, es decir, que justifica su limitación por el poder legislativo.[249]

Verbigracia, digamos que el agua mineral de la marca de nuestra preferencia, contiene altos niveles de arsénico, por lo cual el Estado ordena que su producción, distribución y venta se detenga; alegando como fundamento la salud pública, de igual forma, y con motivo de lo anterior se expide una nueva regulación respecto al proceso de fabricación y embotellamiento de dichas debidas, con lo cual se encuentra justificada la limitación al ejercicio del derecho de libre empresa y comercio al encontrarse esta en conflicto con la salud pública de los consumidores.

---

[248] Con el ejemplo no se asegura que exista una colisión real entre derechos fundamentales, simplemente se emplea para explicar de manera más clara el punto que se expone.

[249] Explica Gavara de Cara que: “Un bien jurídico es una especificación de un sector material o una unidad de sentido determinada en las normas constitucionales. Este planteamiento implica incluir bienes materiales como ideales (inmateriales). Los derechos fundamentales son bienes jurídicos, pero también existen otros bienes jurídicos reconocidos por la Constitución, como pueden ser la salud pública o el orden básico democrático-liberal, que deben ser aplicados al mismo tiempo. Los bienes jurídicos que son objeto de una ponderación deben derivar de la Constitución para que puedan ser aplicados como justificación de una limitación de los derechos fundamentales.” Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 289.

En este sentido, esta tesis acepta la posibilidad de colisión entre la protección otorgada a los derechos fundamentales de dos o más titulares, de tal forma que en estos casos, uno debe prevalecer, mientras que el otro queda desplazado.[250]

1.2. Ponderación y principio de proporcionalidad

En este último apartado se expone qué se entiende por ponderación, para posteriormente explicar los tres subprincipios que integran el principio de proporcionalidad, en el siguiente orden, en primer lugar, el subprincipio de idoneidad o adecuación, en segundo término, el subprincipio de necesidad o indispensabilidad y por último el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Para finalizar con este capítulo, se explican los límites de la ponderación y las críticas que ésta ha recibido.

> La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tiene la estructura de mandatos de optimización… Es por ello que la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los Tribunales Constitucionales, que se encarga de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios.[251]

La técnica de la ponderación considera la existencia de un conflicto entre principios y que éste sólo puede resolverse sopesando unos y otros, mediante la indagación de qué valores o intereses colisionan, mediante el estudio del caso concreto y dando preferencia a aquel que persiga el valor más cualificado o importante.[252]

---

[250] Cfr. Aldunate, Eduardo, op. cit., nota 246, p. 73.

[251] Cfr. Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, núm. 26, 2003, pp. 225-238.

[252] Cfr. Bastida, Francisco y Villaverde Ignacio, op. cit., nota 98, p. 127.

En este sentido conviene transcribir el fundamento jurídico 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional español STC 320/1994 que explica:

> La solución al problema que plantea la colisión o encuentro entre derechos y libertades fundamentales consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencia 'a priori', sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente.[253]

En otras palabras, no se aplican ambos derechos al caso, sino que se acuerda suspender la aplicación de uno de ellos al caso en concreto para que el elegido se ejerza con plenitud, sin embrago, no se expulsa del sistema jurídico al otro durante la ponderación, pues, sigue teniendo validez.

En palabras de Martin Borowski "Mediante la ponderación se establece cuál de los dos principios, de conformidad con las circunstancias concretas de la colisión, posee un mayor peso."[254]

Expone Gavara de Cara que:

> El tribunal Constitucional alemán planteó por primera vez en la sentencia Lüth[255] la aplicación del método de la ponderación de bienes para el examen

[253] STC 320/1994, f. j. 2.

[254] Borowski, Martín, op. cit., nota 75, p. 39.

[255] Erich Lüth dirigió un llamado al público, los propietarios de cines y distribuidores fílmicos, a boicotear las películas que Viet Harlan produjo después de 1945, basado en que Harlan fue el más prominente realizador de filmes nazis, en lo cual se relacionó especialmente con la cinta "El judío Süss (Jud Süβ)", la principal de la propaganda cinematográfica antisemita del nacionalsocialismo. El Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo (*Landerricht Hamburg*) condenó a Lüth a no hacer llamado alguno a boicotear la nueva película de Harlan, "Amada inmortal (*Unsterbliche Geliebte*)"; fundó su resolución

> de la constitucionalidad de las limitaciones de los derechos fundamentales. En dicho caso se consideró que el derecho fundamental a la libertad de expresión podía ser restringido cuando pudieran ser infringidos intereses dignos de protección de otra persona que posean un rango superior. La preferencia o superioridad de dichos intereses debía ser determinada en función de las circunstancias del caso concreto.[256]

La principal finalidad de la ponderación en materia de derechos fundamentales es averiguar los intereses de rango superior que tienen preferencia sobre un derecho fundamental para solucionar un conflicto, en otras palabras, la ponderación es un método para la averiguación del rango y la determinación de las relaciones de preferencia en casos conflictivos ya sea entre derechos fundamentales o entre éstos y otros intereses jurídicos fundamentales.[257]

Sin embargo, cuando se ha hecho un exhaustivo análisis del supuesto de hecho y las posibles normas a aplicar y no es posible encontrar una solución al conflicto, se habla de dos tipos de ponderación para resolver el conflicto, por un lado, la ponderación en abstracto y, por otro lado, la ponderación en concreto.

La ponderación en abstracto es una comparación ficticia de bienes jurídicos dependientes de un orden jerárquico de valores en razón de una colisión en concreto. Ésta tiende a averiguar la relación de preferencia de una comparación abstracta mediante la explicación del contenido y significado del derecho fundamental dentro del orden social, lo que implica que mediante ésta se trata de

---

en que tal llamado al boicot violaba el artículo 286 del Código Civil, que prohíbe "causar daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres y a propósito". Lüth promovió la queja constitucional (Verfassungsbeschwerde) contra esa sentencia. Alexy, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio de 2009, p. 4.

[256] Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 286.

[257] Cfr. Ibídem, p. 286.

determinar el significado objetivo del derecho en y para la realidad constitucional.[258]

Una vez que se ha hecho una ponderación en abstracto y no se ha logrado determinar cuál derecho debe ceder frente al otro, ya que no se ha podido determinar una relación de preferencia o jerarquía entre estos al existir una equiparación o igualdad entre ellos; es necesario emplear el principio de proporcionalidad en sentido amplio para determinar la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de la intervención, mediante esta ponderación se trata de determinar la constitucionalidad del motivo, objeto, finalidad y forma de intervención en el derecho fundamental.[259]

El principio de proporcionalidad tratándose de derechos fundamentales involucra una prohibición en las intervenciones, protegiendo a estos derechos de intervenciones inadecuadas o innecesarias para la finalidad que persigue el legislador cuando afecta un derecho por medio de una regulación normativa.

Sobre este principio manifiesta el maestro Moscoso que:

> […] dicho principio de proporcionalidad, cuya fuente principal se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y que en la doctrina germánica 'aparece articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los Derechos fundamentales debe cumplir', concluyéndose válidamente que éstas deben ser observadas por el Estado cuando interviene en el tema de los Derechos Fundamentales, para que su actuación sea considerada constitucionalmente legitima.[260]

---

[258] Cfr. Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, pp.291 y 292.

[259] Cfr. Ibídem, p. 292.

[260] Moscoso Salas, Martín Gustavo, "El aporte del principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad", *Revista del posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 7, núm. 12, 2011, pp. 55 y 56.

Señala Javier Barnes que:

> De conformidad con su caracterización convencional, se entiende por 'proporcionalidad' en sentido amplio- también denominada 'prohibición de exceso'- el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser 'susceptible' de alcanzar la finalidad perseguida, 'necesaria' o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de la libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado entre todos los posibles- ley del mínimo intervencionismo-) y 'proporcional' en sentido estricto, es decir, 'ponderada' o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficiosa o ventajas para el interés general que perjuicios para otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades. En suma, pues, la acción estatal- en cuales quiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial)- debe ser *útil, necesaria y proporcionada*.[261]

Por medio de este principio se prohíben intervenciones desproporcionadas en sentido estricto, es decir, que son un perjuicio para los derechos fundamentales por medio de su desarrollo legislativo y que no es razonable con relación al fin que persigue la medida.

Por lo cual este principio es en palabras de Javier Barnes,

> […] de aplicación precisamente en aquellos supuestos en los que el poder público (legislador, ejecutivo o judicial) tiene atribuido un cierto margen de libertad. Así, la jurisprudencia ha hecho un uso constante del principio de proporcionalidad como técnica de control de la discrecionalidad administrativa, tanto para revisar la misma decisión de intervenir (v. gr.: si es o no necesario el recurso a las fuerzas de seguridad) cuanto el medio elegido

[261] Barnes, Javier, "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparada y comunitario", *Revista de administración pública*, núm. 135, septiembre-diciembre de 1994, p. 500.

(p. ej.: la compulsión sobre las personas o cualquier otro instrumento más moderado).[262]

De este modo existe una relación causal entre la finalidad de la decisión y la norma que interviene o limita los derechos, en otras palabras, la relación existente entre el medio y el fin que se vincula al principio de proporcionalidad, el cual se emplea para examinar la finalidad que pretende alcanzar el legislador con la norma utilizada para tal efecto.

Esta relación supone la existencia de un ámbito de decisión, que es la reserva de ley[263], sin la cual no se podría haber adoptado la intervención o limitación del derecho fundamental.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio requiere que la decisión en el caso concreto sea adecuada, necesaria y proporcional.

Este principio presupone la existencia de una relación entre el objeto o finalidad de una decisión normativa y el medio empleado para intervenir el derecho fundamental de que se trate, con base en esta relación se hace posible un control de exceso, puesto que, se contrapone la finalidad de la intervención con el efecto que ésta provoca.

Sin embargo, antes de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio es necesario pasar por los siguientes tres controles:[264]

a) Se debe constatar que existe una finalidad para la limitación del derecho, si ésta falta no hay posibilidad de examinar si la finalidad está justificada.

   Debe tratarse de un fin relativo a la protección de otros derechos o bienes constitucionales respecto a las limitaciones a los derechos que no cuenten

[262] Ibídem, p. 501.

[263] Misma de la que ya se habló en el Capítulo Segundo de este trabajo. Supra, p. 49.

[264] Cfr. Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, pp. 300 y 301.

con reserva de ley, o relativo a alguna de las finalidades para las que se habilita al legislador al limitar o determinar el contenido del derecho.[265]

b) La existencia del vínculo entre la limitación o intervención de los derechos y la protección de otros derechos e intereses públicos o de la generalidad.

c) La constitucionalidad del fin de la intervención, ya que ésta no debe ser contraria a la Constitución, la constitucionalidad de las intervenciones se determina de manera negativa en el sentido de que cualquier finalidad está permitida salvo que haya sido prohibida expresa o tácitamente por la Constitución.

Por su parte Javier Barnes manifiesta que:

> […] el principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira; el de inutilidad, innecesaridad y desequilibrio del sacrificio; o, en otros términos: si éste resulta *a priori absolutamente* inútil para satisfacer el fin que dice perseguir, innecesario, por existir a todas luces otras alternativas más moderadas susceptibles de alcanzar ese objetivo *con igualdad de eficacia*; o desproporcionado en sentido estricto, por generar *patentemente* más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego.[266]

Por último, explica Prieto Sanchís que:

> Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre a la seguridad pública sobre la libertad

[265] Cfr. Bagre Camazano, op. cit., nota 50, p. 217.

[266] Barnes, Javier, "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", *Cuadernos de derecho público*, núm. 5, España, septiembre- octubre de 1998, p. 16.

individual o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra solo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de una jerarquía móvil que no conduce la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.[267]

1.2.1. Subprincipios de la ponderación

Ahora toca el turno de explicar con mayor detenimiento cada subprincipio que comprende el principio de proporcionalidad, así, comenzamos esta sección con el subprincipio de idoneidad; posteriormente, con el de necesidad y para concluir la proporcionalidad en sentido estricto.

1.2.1.1. Idoneidad

El primer subprincipio que debe superar el examen de ponderación es el de idoneidad (*Grundsatz der Geeignetheit)*, también conocido como de aptitud o adecuación, que se refiere a que la medida por lo menos facilite o tenga una tendencia a la consecución del objetivo propuesto o perseguido.

Martin Borowski señala que: “Una medida estatal es idónea si su adopción conduce a que se alcance o se favorezca la obtención del fin legítimo perseguido por el Estado. Un fin es legítimo si su consecución está ordenada o en todo caso permitida constitucionalmente.”[268]

[267] Prieto Sanchís, op. cit., nota 56, pp. 76.

[268] Borowski, Martin, op. cit., nota 51 p.130.

Este subprincipio se refiere a que el medio que se emplea para conseguir el fin buscado debe ser “adecuado”, esto es, que con su ayuda pueda alcanzarse el fin que se pretende.[269]

Menciona Bagre Camazano, al citar a Pieroth y Schlink, que: “la adecuación significa que la situación que el Estado crea a través de la intervención y la situación que el fin perseguido tiene que considerar como realizable están en una relación conciliada a través de hipótesis probadas en la realidad.”[270]

En este sentido, el subprincipio de adecuación hace referencia a las posibilidades fácticas.[271]

Cabezudo Bajo apunta que:

> Conforme al mencionado subprincipio constitucional de carácter empírico se hace referencia a la relación de causalidad del medio en relación con el fin. Se dirige a la búsqueda de medidas aptas o adecuadas en un doble sentido. De un lado, negativo, en la medida en que no sean inidóneas, esto es, no absolutamente inidóneas y, desde un punto de vista positivo, en cuanto que contribuyen a la obtención del éxito de la medida.
>
> Para facilitar la consecución del éxito de la medida, se reclama que se trate de medidas adecuadas cualitativamente y en cuanto a la determinación del ámbito subjetivo.[272]

---

[269] Cfr. Bagre Camazano, Joaquín, op. cit., nota 50, p. 218.

[270] Bagre Camazano, Joaquín, op. cit., nota 50, p. 217.

[271] Cfr. Alexy, Robert, op. cit., nota 220, p. 19.

[272] Cabezudo bajo, “La restricción de los derechos fundamentales”, R*evista de derecho político*, núm. 62, 2005, p. 225.

Este subprincipio se limita al examen de las leyes de dos formas, la primera, en que una norma no es inadecuada, aunque el fin perseguido no se cumpla por completo, ya que se considera suficiente si se ha elegido uno de varios medios posibles pero adecuados, pero siempre debe contribuir a la consecución del fin pretendido.

En este tenor, el error de cálculo es una dificultad del principio de idoneidad, éste se da cuando el medio es parcialmente efectivo, menciona Gavara de Cara que: "el Tribunal Constitucional (alemán) siempre ha examinado que la restricción legal sea plenamente inadecuada para declarar su invalidez, o bien la formula positivamente: un medio es adecuado cuando con su ayuda puede ser alcanzado el resultado perseguido."[273]

La segunda manera no exige que el medio sea adecuado en el momento del examen, sino hasta la promulgación de la ley.[274]

En este sentido "una medida es inadecuada cuando dificulta el alcance de la finalidad proyectada o cuando no desarrolla ningún efecto en relación al objeto de la medida."[275]

Como ya se mencionó en líneas atrás este subprincipio requiere de medidas cualitativamente adecuadas para su implementación, es decir, que se trate de una medida que por su naturaleza sea apta para lograr el fin, ya sea desde el punto de vista abstracto o general, pero también en el caso particular.

De igual forma, para que la medida sea cualitativamente adecuada la duración e intensidad no debe ser superior a la estrictamente necesaria para alcanzar el fin.

---

[273] Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 303.

[274] Cfr. Bagre Camazano, Joaquín, op. cit., nota 50, p. 218.

[275] Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 301.

Por lo que hace a la perspectiva subjetiva, de la cual también se hizo mención en líneas anteriores, se exige una individualización de la medida, pero sobre todo del sujeto o destinatario de la norma.[276]

Aunado a lo anterior, es necesario decir que el control de la idoneidad no debe convertirse en un mero examen de oportunidad, más bien, debe ser considerado como un control normativo que evalúa primordialmente el objeto o la finalidad de la decisión desde el punto de vista constitucional, por lo cual, si la finalidad se funda o deriva de la Constitución, o no contradice el texto de ésta y mantiene alguna relación con la restricción al derecho fundamental, ésta debe ser considerada adecuada.[277]

1.2.1.2. Necesidad

Por su parte el principio de necesidad (*Grundsatz der Erforderlichkeit*) o indispensabilidad, no se dirige a la comprobación de la legitimidad o justificación del fin y cuan susceptible es de ser alcanzado, más bien, busca que no exista otra medida más suave o moderada para el mismo propósito.

Es el principio del medio más liviano, busca que la intervención sea mínima o lo más pequeña posible, misma que debe elegirse entre medios igualmente adecuados, optando de entre todos por el más leve y que respete al mismo tiempo la intervención más pequeña para no caer en excesos, en palabras de Bagre Camazano: "*Nicht mit Kanonen auf Spatzen schieben*": "no disparar con cañones a gorriones"[278]

Se dice que una medida es necesaria cuando la misma finalidad no puede ser alcanzada con una intervención menos restrictiva para el derecho fundamental,

---

[276] Cabezudo Bajo, op. cit., nota 272, p. 225.

[277] Cfr. Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 304.

[278] Bagre Camazano, Joaquín, op. cit., nota 50, p. 221.

este principio, envuelve la utilización del medio menos gravoso para el ejercicio del derecho fundamental.

Explica Gavara de Cara que:

> Dos intervenciones, que posean igualdad de adecuación y que persigan la misma finalidad, pueden ser diferentes desde el punto de vista de los efectos secundarios, que los perjuicios que ocasione una medida pueden ser mayores que los perjuicios que ocasione la otra. También deberá ser tenido en cuenta que en cada caso el medio más benigno tenga la misma finalidad que el cuestionado.[279]

Igualmente se ha dicho que este principio busca determinar que la medida que limita el derecho fundamental sea la más efectiva y adecuada, a *contrario sensu*, que no exista otra medida igualmente efectiva y adecuada, pero que sea distinta de la empleada, y que ésta última no cree una menor restricción para el derecho fundamental.

Por lo cual, una medida no es necesaria si su finalidad también puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz, pero que a la vez no restrinja el derecho o lo restrinja con menor intensidad.[280]

Este principio cuestiona si la restricción es obligatoria, pero sobre todo si es imprescindible para su configuración, pues, cualquier intervención debe encaminarse a dejar las mayores posibilidades para el ejercicio del derecho fundamental.

Por esta razón, se deben examinar todas las posibles medidas que el legislador pudo utilizar y que son igualmente efectivas, para posteriormente determinar cuál

---

[279] Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 302.

[280] Cfr. Borowski, Martin, op. cit., nota 51, p.130.

es la más benigna para el derecho fundamental y con ello cerciorarse que la elegida es la mejor de entre todas las posibles.

De cualquier modo, la comparación entre las medidas igualmente efectivas no puede realizarse de manera abstracta, es menester examinarlas en cada caso concreto y establecer algún criterio basado en la menor restricción del derecho fundamental, es por esto, que no se pueden generalizar sus consecuencias doctrinales a otros casos.[281]

Por eso concluye Gavara de Cara que: "una medida legislativa es necesaria cuando no puede ser elegida otra medida igualmente efectiva que limite menos el derecho fundamental o que suponga una menor carga para el titular."[282]

En este sentido, un medio es necesario si no existe otra alternativa que implique por lo menos el mismo grado de favorecimiento del principio respectivo, a cambio de producir menos consecuencias desventajosas para los derechos o bienes que juegan en forma contraria.

Existen dos variantes de la necesidad, por un lado, la variante interna, en la que se pregunta si mediante otra acción estatal puede lograrse un grado equivalente

---

[281] Cfr. Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 304.

[282] Ibídem, p. 305.

Siguiendo con esta explicación el mismo autor ejemplifica la aplicación de este subprincipio de la siguiente manera: "…la sentencia sobre la constitucionalidad de la ley de almacenamiento mínimo de productos petrolíferos, que preveía una obligación de almacenar productos petrolíferos para las empresas que importaran o produjeran dichos productos. Esta ley afectaba sobre todo a los importadores independientes. El Tribunal examinó la existencia de otras posibilidades que tenía el legislador para garantizar el objeto perseguido por la ley (la garantía de abastecimiento de energía en Alemania), así como las finalidades secundarias (la protección de la posición de mercado de las minas de carbón ante la competencia de los productores petrolíferos). El Tribunal tuvo en cuenta la adopción de algunas medidas como la adopción plena del almacenamiento a través del Estado, la limitación temporal de la obligación del almacenamiento a los meses de necesidad aguda o una obligación de almacenamiento para la importación de crudo en lugar de aplicarla también a la importación de productos preparados para el consumo." *Ibidem*, p. 306.

de favorecimiento del principio, restringiendo menos al que juega en contra; por el otro lado, se encuentra la necesidad en su variante externa, en la cual lo importante es verificar si existe otra acción estatal que restrinja menos el principio.[283]

Su mayor debilidad se presenta al pretender precisar empíricamente la medida más benigna para el derecho fundamental entre las distintas existentes, lo que significa que se ha de ajustar con la mayor exactitud a la finalidad perseguida y determinar la situación que se quiere alcanzar.

En resumen, éste principio "está condicionado por la voluntad o capacidad del juzgador para introducir alternativas de análisis comparativo entre derechos positiva y negativamente afectados por la acción normativa que se enjuicia."[284]

1.2.1.3. Proporcionalidad en sentido estricto

Por último, no basta que la limitación establecida por el Estado sea idónea, por un lado, y necesaria por el otro, además debe ser racionalmente proporcional en relación con el valor político y social que persigue la medida, es decir, que debe estar en proporción con el peso e importancia del derecho fundamental.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, al que también se le llama *Grundsatz der Proporcionalität, der Angemessenheit, der Zumutbarkeit*) busca establecer una relación entre dos medidas, que son la finalidad y el medio, por un lado, se encuentra la fórmula positiva que busca que el medio sea proporcional respecto del fin, y por otro, la fórmula negativa que busca que el medio no sea desproporcional respecto del fin.

Explica Bagre Camazano que:

---

[283] Borowski, Martin, op. cit., nota 51, p.164.

[284] Burgoa Coronel, Angélica María, "El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano", *Gaceta Constitucional*, Perú, núm. 47, p. 256.

> […] este subprincipio no se dirige tanto a la estructura de la causalidad (entre medio y fin) como los subprincipios de adecuación y necesidad. Más bien se dirige a una valoración material, a una ponderación entre el peso de la intervención y el peso y la perentoriedad de las razones que la justifican, debiendo ponderarse los inconvenientes de la intervención para los afectados frente a los inconvenientes que se derivan para el interés público si se hubiese prescindido de la intervención y también las posibles ventajas deben ser valoradas. Cuanto más sensiblemente se afecte a los interesados en su derecho fundamental, tanto más intensamente deben ser puestos en peligro los intereses del bien común a los que sirva la regulación sujeta a examen para poder justificar una intervención.[285]

Como recordaremos los subprincipios de idoneidad y necesidad hacen referencia a las posibilidades fácticas, en este sentido, la proporcionalidad en sentido estricto hace referencia a las posibilidades jurídicas como lo menciona Robert Alexy "cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro."[286]

En el mismo sentido menciona Juan Antonio Cruz Pacheco que: "La máxima de proporcionalidad en sentido estricto nos dice que si un derecho fundamental entra en colisión con otro opuesto, entonces la posibilidad jurídica de realización del primero dependerá del segundo."[287]

Explica Gavara de Cara que:

---

[285] Bagre Camazano, Joaquín, op. cit., nota 50, p. 223.

[286] Alexy, Robert, op. cit., nota 220, p. 19.

[287] Cruz Pacheco, Juan Antonio, "La argumentación sobre derechos fundamentales: la ponderación de los derechos y los intereses generales", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, 2003, p. 154.

> El principio de proporcionalidad en sentido estricto significa que la aplicación de un determinado instrumento o medio para alcanzar un determinado objeto o finalidad no debe ser irrazonable en sus relaciones recíprocas. Este principio de proporcionalidad en sentido estricto se examina mediante una confrontación entre el objeto de la intervención y el efecto que tiene esa intervención en el derecho fundamental.[288]

El mismo autor sigue explicando que para determinar la relación irracional o irrazonable según Grabitz existen tres criterios:

a) La comparación entre los medios y los fines debe estar orientada a determinar la intensidad de la limitación, es decir, que cuanto mayor sea ésta más importantes deben ser los interese generales que persigue dicha regulación.

b) El segundo criterio hace énfasis en la importancia de los intereses generales presentes en la decisión legislativa.

c) Por último, el examen de los intereses individuales protegidos por los derechos fundamentales, pues, cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, más cuidadoso se debe ser respecto de las razones empleadas para la justificación de la medida restrictiva.[289]

Por su parte Martín Borowski indica: “El principio de proporcionalidad en sentido estricto exige llevar a cabo una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y, por otra, el peso de las razones que la justifican.”[290]

---

[288] Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 307.

[289] Cfr. Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 309.

[290] Borowski, Martin, op. cit., nota 51, p.131.

Explica Gavara de Cara que: “El principio de proporcionalidad en sentido estricto debe ser entendido como un principio formal a partir del cual no se deriva ningún contenido material para el control de la constitucionalidad, siendo tan solo aplicado como fundamentación de una decisión.”[291]

1.2.2. Critica a la ponderación

Existe la preocupación de que la interpretación de los derechos fundamentales como principios pueda llevar a una moralización desmedida del derecho constitucional, sin embrago, este temor es infundado, debido a que los principios jurídicos-constitucionales son normas que deben cumplir con todos los criterios de validez del ordenamiento jurídico, por este motivo, en los principios lo debido es resultado de un procedimiento metódico estricto, y no sólo del arbitrio del interprete.[292]

Mencionan Francisco Bastida e Ignacio Villaverde que:

> El reproche que cabe hacerle a la técnica de la ponderación de bienes estriba en que resuelve los conflictos entre derechos no a partir de los límites que la Constitución impone a los derechos fundamentales, sino de los datos del caso concreto que son los que determinan cual de los derechos, bienes o intereses en conflicto debe prevalecer. La ponderación de bienes relativiza el contenido del derecho fundamental porque las expectativas de conducta efectivamente protegidas por el derecho fundamental ya no dependen del examen de sus límites, sino de la circunstancia del caso concreto que a juicio del llamado a resolver el conflicto provoca que prevalezca uno de los términos en conflicto al margen de sus límites.[293]

---

[291] Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p.310.

[292] Cfr. Borowski, Martin, op. cit. nota 75, pp. 44 y 45.

[293] Cfr. Bastida, Francisco y Villaverde Ignacio, op. cit., nota 98, p. 128.

Otra critica que se le hace a la ponderación es que plantea los conflictos como una colisión entre los valores e intereses jurídicos encarnados en los derechos fundamentales y también en los no fundamentales, así como entre bienes e intereses constitucionales e infraconstitucionales, cuando lo que sucede en la realidad es que no existe colisión, ya que realmente de lo que se trata es de fijar los límites del derecho en cuestión.[294]

Con esto no queremos decir que las colisiones entre derechos fundamentales no existen, simplemente, en muchas ocasiones se trata como colisiones a lo que en la realidad sólo es una incorrecta delimitación del contenido del derecho.

Otra de las detracciones que recibe la ponderación es, si la ponderación constituye un procedimiento racional para la aplicación de normas jurídicas o es un mero recurso retórico, útil para justificar todas las decisiones judiciales.

Ya que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la misma o que sean vinculantes para el juez y que puedan emplearse para controlar las decisiones judiciales en las que se ponderan principios, en este sentido, la ponderación es una estructura formal y vacía, basada en las apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez o Tribunal Constitucional.[295]

También se ha criticado la legitimidad del juez, pero sobre todo la del Tribunal Constitucional, para aplicar los principios mediante la ponderación. Mucho se ha dicho que la ponderación es un juicio arbitrario y salomónico, por lo cual, ni los jueces ni el Tribunal Constitucional están revestidos de la suficiente legitimidad constitucional para aplicar los principios mediante este procedimiento.[296]

---

[294] Cfr. ibídem, p. 129.

[295] Cfr. Bernal Pulido, Carlos, op. cit., nota 240, p.53.

[296] Cfr. ibídem, p.52.

En el mismo sentido explica Javier Barnes que: "…, el *abuso* de la proporcionalidad representa un arma en manos del aplicador con la que introduce su propia apreciación subjetiva en la norma, como si de un caballo de Troya se tratara; la reblandece, al administrar en cada caso los rigores de la ley, atentando así contra el principio de seguridad jurídica."[297]

Con el mismo criterio encontramos a Ramón Ruiz Ruiz, quien deja de manifiesto que:

> […] la principal consecuencia que se deduce de la aplicación de los principios y de la técnica de la ponderación es el fortalecimiento de la posición del juez, pues allí donde aparece un conflicto entre dos principios (o dos derechos), surge una decisión que otorga preferencia a uno u otro y que va a tener como único limite la racionalidad. No obstante, como señala prieto Sanchís, por mucha fe que se tenga en la argumentación racional, parece que la aplicación de principios comporta mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de reglas.[298]

Igualmente expone Javier Barnes que:

> […] la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos. Por el contrario, al igual que el silogismo, la ponderación es sólo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación

[297] Barnes, Javier, op. cit., nota 266, p. 43.

[298] Ruiz Ruiz, Ramón, "La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española", *Revista telemática de filosofía del derecho*, núm. 10, 2006/2007, p. 59.

de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto.[299]

Por lo anterior es que se dice que la ponderación es irracional, principalmente, por la inconmensurabilidad a que se enfrenta su aplicación y a la imposibilidad de predecir sus resultados.

Por lo que toca a la inconmensurabilidad de la ponderación, se sostiene que es irracional porque busca la comparación de dos magnitudes que debido a sus diferencias no son objeto de comparación, este problema se debe a la falta de jerarquía de los principios que se ponderan, de la misma forma, no existe una medida que sea común entre ellos, o al menos que permita determinar el peso que le corresponde a cada uno.

De igual forma la imposibilidad de predecir resultados hace que la ponderación sea irracional, pues, todos los resultados son particulares y dependen de las circunstancias de cada caso y no de criterios generales, y es por ello que las resoluciones que surgen de la ponderación son *ad hoc* y tienden a magnificar la justicia del caso concreto y a su vez sacrifican la certeza, coherencia y generalidad del derecho.[300]

La racionalidad de la ponderación es puesta en duda ya que diversas personas pueden llegar a diferentes resultados sobre el peso y el grado de afectación de un principio de cara al peso y a la realización del principio confrontado, así como sobre la relación de precedencia entre ambos.[301]

De igual forma se dice que: “El principio de proporcionalidad en sentido estricto representa una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la

---

[299] Bernal Pulido, Carlos, op. cit., nota 251, p. 225.

[300] Cfr. Bernal Pulido, op. cit., nota 240, p.53.

[301] Cfr. Borowski, Martín, op. cit., nota 75, p. 46.

observación de todas las circunstancias relevantes para el caso. Sin embargo, no refleja cuales son estas circunstancias. En este sentido es un principio formal del que no se derivan criterios materiales para controlar la decisión legislativa."[302]

Asimismo, "el juicio sobre la constitucionalidad de la limitación a un derecho fundamental descansa únicamente en los fines perseguidos sin que se examine al propio derecho lesionado"[303], es decir, que en ningún momento durante la ponderación se estudia al derecho en sí mismo, más bien el estudio se enfoca solamente en el objetivo o finalidad y el medio por el cual se pretende alcanzarlo, siempre que este sea razonable.

Además, el enfoque que la ponderación le da al contenido esencial es el de una noción variable e insegura, pues este último se confunde con la ponderación, y ésta pasa a ser el último límite del legislador, con lo que desnaturaliza la garantía del contenido esencial de cada derecho y se establece una jerarquización que depende de una valoración subjetiva del intérprete que puede variar el contenido de un derecho.

Esto debido a que para la teoría relativa del contenido esencial, éste contenido es lo que queda después de la ponderación de derechos.[304]

En este sentido, la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales se identifica con la ponderación de principios que es parte de la teoría conflictualista de los derechos fundamentales, es por esto que, esta garantía sólo se verá violentada cuando el límite carece de justificación en relación con el bien que se trata de preservar, por lo que sólo se centra en el análisis de la medida adoptaba y hace a un lado el derecho afectado.

---

[302] Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 312.

[303] Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, op. cit., nota 46, p. 30.

[304] Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, op, cit., nota 110, p. 41.

De aquí que para la teoría relativa el contenido esencial carece de autonomía conceptual, además no hace referencia a ningún contenido y se reduce al juicio de proporcionalidad, esta forma de ver el contenido esencial debilita al derecho y genera la imposición de limites externos, bastando para ello una justificación hecha por el legislador, que tiene como resultado que los derechos y sus límites se terminen estableciendo por medio de cálculos económicos, políticos o estratégicos.[305]

De igual forma explica Martínez Pujalte que hay: "numerosos supuestos en los que se olvida la idea de intangibilidad del núcleo esencial de los derechos, y se limita el juicio sobre las medidas limitadoras a comprobar su idoneidad para los fines perseguidos, de acuerdo con la tesis relativa."[306]

Por el contrario, expone Lothar Michael que: "los derechos son ponderables y deben ser ponderados. La teoría de los principios se refiere a relaciones de primacía condicionadas. La garantía del contenido esencial queda así subsumida en el principio de proporcionalidad."[307]

De la misma forma Robert Alexy explica que: "la garantía del contenido esencial del artículo 19 párrafo 2 LF no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de los derechos fundamentales."[308]

Si seguimos estas posturas el contenido esencial de los derechos fundamentales es una garantía formal y retórica.

---

[305] Cfr. Simoneti Bertelsen, Soledad, op. cit., nota 102, p.66.

[306] Martínez- Pujalte, Antonio Luis, op. cit., nota 128, p. 25.

[307] Lothar, Michael, op. cit., nota 113, p. 178.

[308] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993, p. 291.

Respecto a esto nos dice Otto y Pardo, quien es citado por Martínez Pujalte, que:

> La formulación del derecho la que permite examinar la medida limitativa, que sólo es enjuiciable constitucionalmente porque incide en el derecho fundamental, pero la evaluación de la licitud constitucional de la limitación sólo se apoya en la justificación de ésta en relación con los fines perseguidos, sin que adquiera un papel central en la argumentación el derecho mismo lesionado. De aquí nace precisamente la tesis, difundida en la doctrina alemana, acerca de la naturaleza meramente declarativa de la garantía del contenido esencial.[309]

Sin embargo, pensar que todo derecho puede ser limitado con amparo en otros bienes constitucionalmente protegidos, sin necesitar más que la proporcionalidad de la medida que limita en relación con los objetivos perseguidos, sería lo mismo que relativizar por completo los derechos fundamentales, dejando abierta la posibilidad de una permanente restricción, que incluso podría llegar a su sacrificio completo.[310]

A favor de la ponderación dice Javier Barnes que:

> […] el principio de proporcionalidad no es de carácter formal o procedimental (como acontece, por ejemplo, con el deber de motivar los actos administrativos o la audiencia del interesado); no se incardina en la denominada legalidad formal, sino que, por el contrario, tiene naturaleza sustantiva, esto es, constituye un parámetro de legalidad o justicia material, un componente del principio del Estado de Derecho.[311]

---

[309] Martínez- Pujalte, Antonio Luis, op. cit., nota 128, pp.27 y 28.

[310] Cfr. Ibídem, p. 28.

[311] Barnes, Javier, op., cit., nota 261, p. 501.

Además, la ponderación ha sido considerada como un procedimiento común del razonamiento jurídico y sus resultados se consideran aceptables de forma general, no sólo en el ámbito jurídico, sino también en el razonamiento práctico general.[312]

En este sentido y siguiendo el razonamiento de Martín Borowski, quien explica: "Pero un 'mejor' procedimiento con estas características no existe y tampoco está a la vista. En estas circunstancias, es preferible el procedimiento relativamente mejor, y éste es precisamente el concepto de la ponderación."[313]

A pesar de esto, y en concordancia con lo expuesto por Gavara de Cara "la cláusula del contenido esencial constituiría un último límite, mientras que el principio de proporcionalidad sería aplicable a intervenciones que no afectaran al contenido esencial de los derechos fundamentales."[314]

En este sentido, el contenido esencial de los derechos no se subsume a la ponderación y al principio de proporcionalidad, ni son lo mismo, este contenido es autónomo de la ponderación y sí constituye un límite a ésta ya que ningún contenido esencial puede ser ponderado.

---

[312] Expone Carlos Bernal Pulido que: "la racionalidad práctica determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional. La racionalidad práctica expresa un sentido evaluativo de la racionalidad que es especialmente relevante en el derecho, cuando se analiza la toma de decisiones judiciales relativas a la aplicación de las normas jurídicas…, en general se acepta que para ser racional, una decisión debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho. Esto ocurrirá, si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptualmente claros y consistentes, y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas, de observar las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia." Bernal Pulido, Carlos, op. cit., nota 240, pp.51-75.

[313] Borowski, Martín, op. cit., nota 75, p. 46.

[314] Gavara de Cara, Juan Carlos, op. cit., nota 117, p. 299.

De igual forma, antes de ponderar cualquier derecho fundamental primero se debe determinar su contenido esencial y con ello evitar que éste sea afectado por una medida que lo deje sin contenido.

Capítulo Cuarto. El contenido esencial de los derechos fundamentales y el Poder Judicial de la Federación

1.1. La reforma Constitucional sobre derechos humanos

En este último capítulo, analizamos en primer lugar la reforma Constitucional sobre derechos humanos, se abordan de manera somera los motivos que dieron lugar a esta reforma; posteriormente, estudiamos el tratamiento que el Poder Judicial de la Federación da a los diversos conceptos doctrinales estudiados en los capítulos que anteceden.

Para finalizar el trabajo de investigación, se expresan las conclusiones a las que se arriba después de analizar todo el material consultado.

Explica el maestro Arias Ruelas que:

> El fin de la Segunda Guerra Mundial trajo consigo una revalorización de las ideas de libertad, justicia y democracia, y, por ende, un proceso de consolidación de los derechos humanos tanto a nivel internacional, con proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la posterior creación y desarrollo de los sistemas de protección universal y regionales de derechos humanos, como a nivel interno de los Estados, particularmente a partir de la reconstitucionalización en Europa, que influiría posteriormente de manera decisiva en América Latina.[315]

Efectivamente, a partir del nuevo constitucionalismo europeo los derechos fundamentales tienen un papel relevante en las sociedades, además de otorgarles un sistema complejo de garantías normativas, jurisdiccionales e institucionales.

Menciona Pedro Salazar Ugarte que:

> Mucho se ha escrito sobre las olas democratizadoras que se fueron gestando, contagiando y desarrollando en los países occidentales a lo largo

[315] Arias Ruelas, Salvador Felipe, "La reforma constitucional de derechos humanos y la transversalización de los derechos", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm.28, julio-diciembre de 2011, p. 69.

> de la segunda mitad del siglo XX. Al cabo de unas décadas emergieron sistemas democráticos en sociedades en las que antes regían diversas modalidades de autocracias. El contagio democratizador llegó a América Latina en los últimos veinte años de esa centuria. Algunos países dejaron atrás dictaduras militares; otros, autocracias civiles, y unos más –como fue el caso de México–, sistemas de partido hegemónico. Lo hicieron a través de procesos y mecánicas diferentes: en algunos casos las transiciones fueron pactadas y en otros fueron la consecuencia de acontecimientos inusitados. Lo cierto es que, de manera paulatina, prácticamente todos los países de la región se democratizaron…, se adoptaron constituciones "largas" que, junto a los mecanismos orientados a la organización y control del poder, incluyen amplios catálogos de derechos humanos o fundamentales.[316]

Es así como estos derechos obtienen una posición preponderante en el ordenamiento jurídico y, debido a ello, una fuerza expansiva en el actual Estado constitucional, es decir, deben desarrollarse en la actuación de los poderes públicos, tanto en la elaboración, aplicación e interpretación del resto de las normas del ordenamiento jurídico.[317]

Pedro Salazar Ugarte explica que:

> Esos derechos, llamados humanos o fundamentales en los diferentes ordenamientos, imponen límites y vínculos a los poderes públicos y privados. Esto vale en todos los países latinoamericanos, pues si bien algunos siguieron el modelo democrático constitucional europeo de la posguerra (como en el caso de Colombia y México), mientras otros adoptaron diseños constitucionales originales con rasgos autóctonos que han dado lugar al llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano (Venezuela, Bolivia y

---

[316] Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, 2014. p. 36.

[317] Cfr. Arias Ruelas, Salvador Felipe, op. cit., nota 315, p. 70.

> Ecuador, fundamentalmente) y unos más asumieron diseños intermedios (como Brasil y Argentina), lo cierto es que todos colocaron a los derechos humanos o fundamentales como eje de su proyecto institucional.[318]

Y sigue exponiendo que:

> De esta manera, al menos en el plano formal los Estados asumieron obligaciones específicas vinculadas con la promoción, protección, respeto y garantía de esos derechos. En México, esa tendencia estaba latente desde la perspectiva formal a partir de la promulgación de la Constitución de 1917 y fue ganando espacio a través de múltiples ajustes institucionales a lo largo del siglo XX, pero se concretó con la reforma en materia de derechos humanos de 2011. Por ello, es acertado sostener que a México lo alcanzaron un proceso y una tendencia internacionales que se habían iniciado después de la Segunda Guerra Mundial; lo que, con una idea cargada de simbolismo, Norberto Bobbio bautizó como el "tiempo de los derechos".[319]

Para el año 2011 se habían conocido en la Corte Interamericana de Derechos Humanos los primeros seis casos contenciosos en los que el Estado mexicano había sido declarado responsable internacionalmente de violaciones a los derechos humanos, estos casos se trataban de la violencia estructural contra las mujeres en Ciudad Juárez, Chihuahua, cuatro más están relacionados con violaciones a derechos humanos por parte del ejército y el último a la falta de recursos internos en materia electoral.

De manera paralela en el país se habían llevado a cabo procesos de apertura y debate sobre la necesidad de incorporar a la Constitución los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.

Aunado a lo anterior, se crearon organismos autónomos de protección de los derechos humanos, ahora conocidos como Instituto Nacional Electoral, el Instituto

---

[318] Salazar Ugarte, Pedro, op. cit., nota 316, p. 37.

[319] Ibídem, p. 39.

Nacional de Acceso a la Información y el Consejo para Prevenir la Discriminación.[320]

Con la creación de estos organismos y debido a las sentencias en contra del Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de derechos humanos, los problemas relacionados a los derechos humanos comenzaron a tener una mayor difusión y tratamiento, tanto en el ámbito internacional como en el local.

Además, un tema común en la vida de México es la inseguridad que tiene efectos adversos en el tema de los derechos humanos, en estas últimas décadas el combate contra el narcotráfico ha marcado el debate sobre los derechos humanos en el país.

Al respecto se detecta una impunidad generalizada sobre el tema, lo que ha hecho notoria la necesidad de hacer respetar, pero, sobre todo de garantizar los derechos constitucionales, que se ha convertido en una tarea pendiente para el gobierno y en una exigencia de nuestra sociedad.

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 es la base que da forma y contenido al cambio de modelo con perspectiva de derechos humanos que se llevó a cabo en nuestro país.

La implementación de esta reforma en derechos humanos es una tarea del Estado mexicano que exige una estrategia de articulación entre los poderes constitucionales; requiere una unión de esfuerzos para la construcción de una verdadera cultura de derechos humanos que garantice su respeto, promoción, protección y garantía en el quehacer diario de todas las autoridades del país.

> La reforma en comento, si bien es cierto que ha sido reconocida por propios y ajenos como una reforma de gran calado institucional, también lo es que, su incidencia en el mundo de lo factico requiere de un trabajo monumental de todos y cada uno de los poderes públicos, de las instancias del gobierno y de la sociedad civil. Lo anterior es así, toda vez que uno de los principales

[320] Cfr. Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*, 2da. ed., México, SPDH, 2013, pp. 15-16.

> cambios instituidos tiene que ver con la manera de pensar y de interpretar al derecho, a través de una nueva forma de análisis en la que sin importar jerarquías normativas o problemas de fuentes- internas o externas- habrá de privilegiarse en todo momento la máxima tutela de los derechos humanos a los que finalmente nos conducen todos los valores y principios constitucionales.[321]

Esta tarea es compleja, pero relevante para una sociedad que en general desconoce sus derechos y desconfía de sus instituciones, por lo cual es importante que todos los órganos de gobierno promuevan, protejan, respeten y garanticen los derechos humanos, pero, sobre todo, y quizá lo más importante es que nuestra sociedad conozca sus derechos, la forma de ejercerlos y cómo defenderlos frente a la autoridad y también frente a particulares.

En el mismo tenor, la visión de los derechos humanos en nuestro país, así como de los derechos fundamentales es una idea adoptada de Europa, sin embrago, la reforma en materia de derechos humanos representa una transformación relevante en la forma en que nuestras autoridades entienden y tutelan los derechos, debido a ello, podemos encontrar en las tesis emitidas por el Poder Judicial de la Federación que ambos términos son empleados en las resoluciones, como se advierte de la siguiente tesis:

> **PERSONAS MORALES O JURÍDICAS. DEBEN GOZAR NO SÓLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUIDOS POR LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, Y DE LAS GARANTÍAS PARA SU PROTECCIÓN, SIEMPRE Y CUANDO ESTÉN ENCAMINADOS A PROTEGER SU OBJETO SOCIAL, SINO TAMBIÉN DE AQUELLOS QUE APAREZCAN COMO MEDIO O INSTRUMENTO NECESARIO PARA LA CONSECUCIÓN DE LA FINALIDAD QUE PERSIGUEN.** Las personas morales o jurídicas son sujetos protegidos por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <u>por lo que deben gozar de los derechos fundamentales constituidos por los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los</u>

[321] Cámara de diputados, *Avances y retos en la implementación de la reforma constitucional de derechos humanos*, México, Gobierno de la Republica, 2015, p. 11.

que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, siempre y cuando sean acordes con la finalidad que persiguen, por estar encaminados a la protección de su objeto social, así como de aquellos que aparezcan como medio o instrumento necesario para la consecución de la finalidad referida. Lo anterior es así, porque en la palabra "personas", para efectos del artículo indicado, no sólo se incluye a la persona física, o ser humano, sino también a la moral o jurídica, quien es la organización creada a partir de la agrupación voluntaria de una pluralidad de personas físicas, con una finalidad común y una identidad propia y diferenciada que trasciende la de los individuos que la integran, dotada de órganos que expresan su voluntad independiente de la de sus miembros y de un patrimonio propio, separado del de sus integrantes, a la que el ordenamiento jurídico atribuye personalidad y, consecuentemente, reconoce capacidad para actuar en el tráfico jurídico, como sujeto independiente de derechos y obligaciones, acorde al título segundo del libro primero del Código Civil Federal, al artículo 9o. de la Carta Magna y conforme a la interpretación de protección más amplia que, en materia de derechos humanos se autoriza en el párrafo segundo del artículo 1o. constitucional. Sin que sea obstáculo que los derechos fundamentales, en el sistema interamericano de derechos humanos, sean de los seres humanos, pues tal sistema no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que otorga una protección coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos, **por lo que una vez arraigados los derechos humanos en el derecho constitucional propio y singular del Estado Mexicano, éstos se han constituido en fundamentales**, y su goce, así como el de las garantías para su protección, ha sido establecido por el propio derecho constitucional a favor de las personas y no sólo del ser humano.[322]

Es por lo anterior que podemos afirmar que con el término derechos humanos se comprende a los derechos fundamentales, establecidos en la constitución, y a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de que México sea parte.

En conclusión, en nuestro sistema jurídico los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales suscritos por nuestro país, gozan de una tutela reforzada y pueden ser exigibles ante los órganos estatales, como se patenta en la

[322] Tesis: XXVI.5o. (V Región) 2 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, p. 1876.

tesis antes mencionada, pues, los derechos humanos arraigados en el derecho constitucional propio y singular del Estado Mexicano, se constituyen en fundamentales.

Aunado a lo anterior, estos derechos no solo se encuentran explícitamente determinados en la Constitución, ya que de la interpretación armónica de ésta se pueden derivar derechos fundamentales como en el caso del mínimo vital, lo anterior como lo explica la siguiente tesis:

> **MÍNIMO VITAL. CONFORME AL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y AL INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, SE ENCUENTRA DIRIGIDO A SALVAGUARDAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y NO DE LAS JURÍDICAS.** El derecho al mínimo vital se fundamenta en la dignidad humana, la solidaridad, la libertad, la igualdad material y el Estado social, al considerar que las personas, para gozar plenamente de su libertad, necesitan un mínimo de seguridad económica y de la satisfacción de sus necesidades básicas. Por ende, constituye el derecho a gozar de unas prestaciones e ingresos mínimos que aseguren a toda persona su subsistencia y un nivel de vida digno, así como la satisfacción de las necesidades básicas. Ahora bien, en el ámbito internacional podemos encontrar algunas normas que incluyen el derecho al mínimo vital, aunque no con esa denominación. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, a ella y a su familia, la salud y el bienestar, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (artículo 25, numeral 1); de igual manera, prevé el derecho de los trabajadores a una remuneración equitativa y satisfactoria, que asegure a la persona y a su familia una existencia conforme a la dignidad humana, y que dicha remuneración debe completarse con cualquier otro medio de protección social (artículo 23, numeral 3). En el mismo contexto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene normas que en cierta medida recogen elementos de la prerrogativa indicada pues, por una parte, desarrolla el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (artículo 11, numeral 1); además, establece que la remuneración de los trabajadores como mínimo debe garantizar condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias [artículo 7, inciso a), subinciso ii)]. Por lo que hace al derecho mexicano, la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal Constitucional estableció, en la ejecutoria que dio origen a la tesis aislada 1a. XCVII/2007, publicada en el

> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, mayo de 2007, página 793, de rubro: "DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO.", que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. De lo anterior se sigue que el derecho al mínimo vital: I. Deriva del principio de dignidad humana, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad, en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta; II. Está dirigido a los individuos en su carácter de personas físicas; III. Es un **derecho fundamental no consagrado expresamente en la Carta Magna**, pero que se colige a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en sus artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 13, 25, 27, 31, fracción IV y 123 y de los derechos a la vida, a la integridad física, a la igualdad, a la salud, al trabajo y a la seguridad social, entre otros, a través del cual se garantizan los requerimientos básicos indispensables para asegurar una subsistencia digna del individuo y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario, sino también en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente; y, IV. No puede entenderse como una protección económica únicamente, sino como una tutela vinculada con la dignidad de la persona, la integridad física, la vida y la protección de la familia. Por tanto, conforme al derecho constitucional mexicano y al internacional de los derechos humanos, el derecho al mínimo vital está dirigido a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas físicas y no de las jurídicas.[323]

En conclusión, no todos los derechos fundamentales, o humanos de acuerdo a la denominación dada por la Constitución, se encuentran explícitos en el texto constitucional, pues, de la interpretación de esta se pueden derivar nuevos derechos.

1.2. El Poder Judicial de la Federación y el contenido esencial de los derechos fundamentales

En este apartado se pretende hacer un ejercicio práctico sobre los diversos aspectos tratados en los capítulos anteriores. Para ello, se señala el uso que el

[323] Tesis: I.9o.A.1 CS (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 28, Tomo II, marzo de 2016, p. 1738.

Poder Judicial de la Federación hace de los conceptos doctrinales estudiados. Por eso, se han elegido sentencias que dieron lugar a diversas tesis tanto aisladas como de jurisprudencia que versan sobre diferentes derechos fundamentales, como una especie de muestra representativa, seleccionadas con base en la claridad de sus conceptos.

En primer lugar, tomamos la siguiente tesis:

> **DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**. Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que **no existen derechos humanos absolutos**, por ello, conforme al artículo 1o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, **aquéllos pueden restringirse o suspenderse válidamente en los casos y con las condiciones que la misma Ley Fundamental establece**. En este sentido, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y las libertades reconocidas en ésta no pueden aplicarse sino conforme a las leyes dictadas en razón del interés general y de acuerdo con el propósito para el cual han sido establecidas. Sin embargo, la regulación normativa que establezca los supuestos por los cuales se restrinjan o suspendan los derechos humanos no puede ser arbitraria, sino que los límites previstos en los invocados ordenamientos sirven como elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas válidas. En ese contexto, de la interpretación armónica y sistemática de los artículos citados se concluye que los requisitos para considerar válidas las restricciones o la suspensión de derechos, son: a) que se establezcan en una ley formal y material (**principio de reserva de**

ley) dictada en razón del interés general o público, en aras de garantizar los diversos derechos de igualdad y seguridad jurídica (requisitos formales); y, b) que superen un test de proporcionalidad, esto es, que sean necesarias; que persigan un interés o una finalidad constitucionalmente legítima y que sean razonables y ponderables en una sociedad democrática (requisitos materiales).[324]

Con base en ella podemos observar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que los derechos humanos no son absolutos y por lo tanto es posible limitarlos, debido a que la vida en sociedad obliga a que los derechos tengan límites para que la vida en ella sea pacífica, de la misma forma, se patenta también otro aspecto respecto a la limitación de estos derechos que es la reserva de ley, que es la autorización que se da al legislador para intervenir el contenido de los derechos fundamentales, pues estos límites deben establecerse en una ley formal y material.

De igual forma, y sobre el mismo punto encontramos la siguiente tesis:

DERECHOS FUNDAMENTALES. SUS LÍMITES INTERNOS Y EXTERNOS. La teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales establece que contienen un núcleo fijo e inmutable, de manera que cualquier afectación a éste resulta ilícita, y sólo en su periferia pueden establecerse las limitaciones y restricciones necesarias y justificadas, así como expandirse las condiciones de su ejercicio, partiendo de la base de que estos derechos no son absolutos y su ejercicio está sujeto a límites, más allá de los cuales, éste resulta ilegítimo. En estas condiciones, la delimitación de ese núcleo intangible debe ser a partir de la subsistencia del derecho a la libertad y la posibilidad de ejercerlo; esto es, de un efectivo disfrute, de forma tal que los límites internos son aquellos que emergen al momento de definir los

[324] Tesis: 1a. CCXV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXII, t. 1, Julio de 2013, p. 557.

> alcances del objeto concretamente protegido por cada derecho fundamental, es decir, sirven para definir el contenido del derecho, intrínseco a la propia definición y alcance del bien y fin tutelado, por lo cual cualquier supuesto que desborde esas fronteras es otra realidad carente de protección. Por otro lado, es posible delimitar el campo de acción a partir de las restricciones externas, al existir otros derechos, fines o bienes constitucionales que también merecen tutela y eficacia; única razón susceptible de generar la limitación, que alude a la diferencia normal y esperada entre el contenido prima facie de los derechos fundamentales y la protección real que ofrecen en los casos concretos, una vez contrapesados y armonizados con otros derechos e intereses, que pueden apuntar en direcciones distintas e, incluso, opuestas a las que derivan de su contenido normativo.[325]

En ella encontramos, por un lado, que los limites internos sirven para definir el contenido del derecho, intrínseco a la propia definición y alcance del bien y fin tutelado, es decir, que son los supuestos de delimitación propiamente constitucional que fijan el alcance y contenido del derecho fundamental, por otro lado, encontramos que los limites externos ayudan a delimitar el campo de acción a partir de la existencia de otros derechos, fines o bienes constitucionales que también merecen tutela, pues, existe una convivencia entre diversos derechos e intereses reconocidos por la Constitución; además estos límites deben ser necesarios, justificados y proporcionados; ya que estos tienen su origen en la necesidad de armonizar un derecho con otros derechos y bienes constitucionales.

Sin embargo, estos límites internos o externos al igual que los derechos fundamentales no son absolutos, como lo establece la siguiente tesis:

[325] Tesis: I.4o.A.17 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX, t. I, abril de 2013, p. 2110. Otro ejemplo sobre los límites internos y externos de los derechos es la tesis que tiene por rubro "**DERECHO A LA VIDA PRIVADA. SU CONTENIDO ES VARIABLE TANTO EN SU DIMENSIÓN INTERNA COMO EXTERNA.**"

PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA PROPORCIONAL PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO. En la cuarta y última etapas del test de proporcionalidad, corresponde comparar el grado de intervención en el derecho fundamental frente al grado de satisfacción de la finalidad constitucional perseguida. En este contexto, en el caso de la prohibición absoluta al consumo lúdico de la marihuana contenida en los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248 de la Ley General de Salud, corresponde contrastar la eficacia con la que el "sistema de prohibiciones administrativas" consigue proteger la salud de las personas y el orden público, frente al nivel de afectación que esa misma medida provoca en el contenido prima facie del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, en claro contraste con las escasas afectaciones en la salud y el orden público que protege la prohibición aludida, se ubica la intensa afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad que supone dicha medida legislativa. Desde este punto de vista, la afectación al libre desarrollo de la personalidad que comporta este "sistema de prohibiciones administrativas" puede calificarse como muy intensa, pues consiste en una prohibición prácticamente absoluta para consumir la marihuana y realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo de ésta, **de tal manera que suprime todas las posiciones jurídicas en las que podría ejercerse el derecho**. En tal sentido, la medida analizada no se circunscribe a regular la forma y lugar en que pueden realizarse dichas actividades atendiendo a las finalidades constitucionalmente válidas que efectivamente tienen esos artículos, como podría haberlo hecho el legislador, sino que directamente prohíbe todas esas conductas. Consecuentemente, el "sistema de prohibiciones administrativas" ocasiona una afectación muy intensa al derecho al libre desarrollo de la personalidad en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que alcanza dicha medida.[326]

[326] Tesis: 1a./J. 9/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro

De la lectura de esta tesis podemos observar que las prohibiciones absolutas no se encuentran permitidas en nuestro sistema jurídico, por lo cual, aún los límites tienen un límite; de igual forma establece los criterios que las limitaciones deben cumplir para ser constitucionalmente válidas, mismos que veremos con mayor detalle más adelante en este mismo capítulo.

Igualmente nos encontramos con el siguiente argumento "…de tal manera que suprime todas las posiciones jurídicas en las que podría ejercerse el derecho…" en esta frase se encuentra inmersa de manera tácita el contenido esencial de los derechos fundamentales, ya que, si la prohibición o limitación del ejercicio de un derecho es tan grave como para no poder ejercerlo, nos encontramos frente a una limitación que afecta el contenido esencial de dicho derecho y por lo tanto es inconstitucional.

Como hemos visto los derechos humanos no son absolutos, y tienen límites internos y externos, sin embargo, estos límites tampoco son absolutos, éstos encuentran su límite en el contenido esencial de los derechos fundamentales, pero, ¿qué entiende el Poder Judicial de la Federación por contenido esencial de los derechos fundamentales? Para responder a esta pregunta contamos con la siguiente tesis:

> **DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. SU NÚCLEO O CONTENIDO ESENCIAL**. En algunas circunstancias, la protección a los derechos fundamentales constituye un gran reto para el Estado y sus autoridades, máxime respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo contenido suele ser indeterminado y circunstancial que no permite determinar los alcances de su protección. Es por ello que, en muchas ocasiones, la actividad jurisdiccional tiene la función de determinar el contenido, alcances, así como los límites de estos derechos fundamentales, constituyendo una función esencial para el desarrollo y el progreso de un

63, t. I, febrero de 2019, p. 496.

> verdadero Estado democrático. En ese sentido, para determinar los elementos mínimos necesarios para exigir un derecho fundamental, es necesario identificar el denominado "núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales"; esto es, aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos que le dan vida resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De lo que se concluye que las autoridades desconocen la protección a un derecho fundamental cuando por alguna circunstancia su contenido esencial queda sometido a limitaciones que impiden su ejercicio, lo dificultan más allá de lo razonable, o bien, lo despojan de una necesaria protección.[327]

Como podemos ver en México se entiende por contenido esencial "…aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos que le dan vida resulten real, concreta y efectivamente protegidos…" es decir, que éstos cuentan con un núcleo básico, resistente a cualquier transformación, que es lo que hace reconocible al derecho en cuestión; esta forma de concebir el contenido esencial es muy parecida a la formulación hecha en la sentencia STC 8/1981 del Tribunal Constitucional Español sobre el mismo tema.[328]

En este sentido podemos observar que el contenido esencial de los derechos fundamentales es considerado en las resoluciones del Poder Judicial de la Federación aun sin existir obligación explicita en la Constitución, como ejemplo de lo anterior tenemos la siguiente tesis:

---

[327] Tesis: 2a. XCII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, t. I, septiembre de 2016, p. 842. De igual manera, encontramos que el Poder Judicial ha establecido que: "La teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales establece que contienen un núcleo fijo e inmutable, de manera que cualquier afectación a éste resulta ilícita, y sólo en su periferia pueden establecerse las limitaciones y restricciones necesarias y justificadas, así como expandirse las condiciones de su ejercicio." Tesis: I.4o.A.17 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX, t. I, abril de 2013, p. 2110.

[328] Supra, p. 80.

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.[329]

Como mencionamos en los capítulos anteriores existen dos teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, por un lado, nos encontramos

[329] Tesis: P. LXIX/2011(9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, t. I, diciembre de 2011, p. 552.

con la teoría absoluta, y por el otro, con la teoría relativa, ejemplo de la primera es la siguiente tesis:

> **DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES. SU CONTENIDO.** El artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por el Estado Mexicano y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991) dispone que el niño tiene derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En concordancia con lo anterior y conforme al numeral 3 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (de orden público, interés social y observancia obligatoria para toda la República), son principios rectores de la protección de los menores, entre otros, el del interés superior de la infancia y el de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales. En ese tenor, el artículo 22 de dicha Ley establece el derecho a la identidad, el cual se compone por el derecho a tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca, a tener una nacionalidad y a conocer su filiación y su origen, salvo en el caso que las leyes lo prohíban. Así, el hecho de que el menor tenga la certeza de quién es su progenitor, constituye un principio de orden público que es parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica, cuya importancia no sólo radica en la posibilidad de solicitar y recibir información sobre su origen, la identidad de sus padres y el conocimiento de su origen genético, sino que a partir de esos elementos puede derivarse, por una parte, su derecho a tener una nacionalidad y, por otra, el derecho a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo pleno e integral.[330]

[330] Tesis: 1a. CXLII/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 260. Otro ejemplo sobre la determinación del contenido esencial dentro de la teoría absoluta es la tesis que tiene como rubro "**DERECHO HUMANO AL NOMBRE. SU SENTIDO Y ALCANCE A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN**

En ella se determina el contenido del derecho a la identidad de los menores, en este caso, es posible asegurar que se considera la teoría absoluta del contenido esencial, pues no se realizó ponderación alguna, y se determinó el contenido fundamental del mismo tomando en consideración solamente al derecho aludido.

Sin embargo, esta determinación del contenido esencial mediante la teoría absoluta puede llegar a ser problemática como lo podemos observar en la siguiente tesis:

> **SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA TRIBUTARIA. EN QUÉ CONSISTE.** La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución General de la República, es la base sobre la cual descansa el sistema jurídico mexicano, de manera tal que lo que tutela es que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y, por tanto, en estado de indefensión. En ese sentido, el contenido esencial de dicho principio radica en "saber a qué atenerse" respecto de la regulación normativa prevista en la ley y a la actuación de la autoridad. Así, en materia tributaria debe destacarse el relevante papel que se concede a la ley (tanto en su concepción de voluntad general, como de razón ordenadora) como instrumento garantizador de un trato igual (objetivo) de todos ante la ley, frente a las arbitrariedades y abusos de la autoridad, lo que equivale a afirmar, desde un punto de vista positivo, la importancia de la ley como vehículo generador de certeza, y desde un punto de vista negativo, el papel de la ley como mecanismo de defensa frente a las posibles arbitrariedades

---

POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES." Del mismo modo, "La teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales establece que contienen un núcleo fijo e inmutable, de manera que cualquier afectación a éste resulta ilícita, y sólo en su periferia pueden establecerse las limitaciones y restricciones necesarias y justificadas, así como expandirse las condiciones de su ejercicio." En este fragmento se observa la referencia que se hace al contencial como núcleo inmutable, además de la existencia de un contenido periférico susceptible de afectación. Tesis: I.4o.A.17 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX, t. I, abril de 2013, p. 2110.

de los órganos del Estado. De esta forma, las manifestaciones concretas del principio de seguridad jurídica en materia tributaria, se pueden compendiar en la certeza en el derecho y la interdicción de la arbitrariedad o prohibición del exceso; la primera, a su vez, en la estabilidad del ordenamiento normativo, suficiente desarrollo y la certidumbre sobre los remedios jurídicos a disposición del contribuyente, en caso de no cumplirse con las previsiones del ordenamiento; y, la segunda, principal, más no exclusivamente, a través de los principios de proporcionalidad y jerarquía normativa, por lo que la existencia de un ordenamiento tributario, partícipe de las características de todo ordenamiento jurídico, es producto de la juridificación del fenómeno tributario y su conversión en una realidad normada, y tal ordenamiento público constituirá un sistema de seguridad jurídica formal o de "seguridad a través del Derecho".[331]

Como podemos ver del contenido de la tesis "…el contenido esencial de dicho principio radica en "saber a qué atenerse" respecto de la regulación normativa prevista en la ley y a la actuación de la autoridad…", lo cual se convierte en una simplificación extrema del contenido de tal principio, que realmente no explica el contenido y alcance del mismo.

Por otro lado, por lo que hace a la teoría relativa del contenido esencial, esta acepta la colisión de principios como presupuesto para la determinación del contenido del derecho, sobre este tema tenemos la siguiente tesis:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR. SE ACTUALIZA SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES CUANDO SE ALEGUE UNA COLISIÓN ENTRE LOS MISMOS. Tomando en consideración que la naturaleza del derecho a la libertad de expresión consiste de forma primordial en la manifestación de ideas y, por otro lado,

[331] Tesis: 1a./J. 139/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, t. I, enero de 2013, p. 437.

que la naturaleza del derecho al honor se refiere al concepto que una persona tiene sobre sí misma o que la sociedad se ha formado sobre ella, es que resulta claro no sólo que ambos derechos fundamentales pueden gozar de eficacia en las relaciones con otros particulares, sino que, adicionalmente, puede presentarse una colisión entre los mismos. En consecuencia, en aquellos asuntos en los cuales el conflicto primigenio se origine porque un particular alegue que se ha violentado su derecho al honor, y otro particular señale que las manifestaciones combatidas se ejercieron dentro de los límites de la libertad de expresión, se tratarán de forma indefectible de casos en los cuales se actualiza la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en pugna, situación que conlleva una colisión entre los mismos, ante lo cual, el juzgador deberá proceder a un ejercicio de ponderación y análisis de éstos.[332]

Como vemos la colisión entre principios es algo aceptado en nuestro sistema jurídico, y la forma de resolverlo es la ponderación, como se deprende de la siguiente tesis:

CONFLICTOS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES. CORRESPONDE A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESOLVERLOS EN CADA CASO CONCRETO. Dada la estructura de las normas constitucionales es posible que existan supuestos en los que éstas entren en conflicto. Esto es especialmente cierto en el caso de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión porque en diversos supuestos no se contemplan expresamente todas sus condiciones de aplicación. La labor de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación consiste en precisar, a través de la resolución de casos concretos, las condiciones de precedencia de las normas constitucionales en conflicto. En este sentido, cuando tienen lugar contradicciones entre distintos principios constitucionales con motivo de

[332] Tesis: 1a. LXX/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, t. I, marzo de 2013, p. 888.

situaciones concretas se utilizan distintas técnicas argumentativas, como la ponderación, que permiten resolver este tipo de problemas.[333]

De la misma forma se patenta que los alcances de la ponderación se limitan al caso concreto, por lo que estamos hablando de una ponderación de casos concretos, verbigracia la siguiente tesis:

SENTENCIAS DE AMPARO. LOS EFECTOS ESTÁN DETERMINADOS POR LA VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE CADA CASO EN CONCRETO. Los efectos y alcances de las sentencias emitidas por un Tribunal Constitucional varían acorde al proceso en el cual se emiten, y según la violación constitucional que se advierta en el caso en concreto. Así, las pretensiones de los reclamantes, la naturaleza y objeto del proceso, marcan la pauta de las consecuencias de la sentencia emitida: ya sea la declaración de una inconstitucionalidad, el reconocimiento de la lesión a un derecho fundamental, y el restablecimiento del mismo. De igual manera, los efectos que en su caso pueda contener una sentencia de un Tribunal Constitucional, estarán determinados por el esquema de impartición de justicia del Estado de que se trate, y por los ámbitos competenciales de los órganos que integren al mismo. Lo anterior ha dado lugar a las sentencias denominadas por la doctrina como "atípicas", al no contener una declaración de nulidad absoluta de la norma o acto que se combatió, sino una orden para que determinado órgano del Estado subsane la violación constitucional de que se trate. En efecto, las sentencias de los tribunales constitucionales pueden conllevar efectos vinculantes para otros órganos jurisdiccionales del sistema jurídico en cuestión, lo que implica que los mismos tienen que acatar la resolución correspondiente, sin que se puedan pronunciar de forma distinta sobre lo resuelto por el Tribunal Constitucional. Así las cosas, a consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la

[333] Tesis: 1a. XCVII/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 305.

Nación, en el caso del sistema jurídico mexicano, si bien la resolución del juicio de amparo no es de competencia exclusiva de este Tribunal Constitucional, lo cierto es que se trata de un mecanismo de control de constitucionalidad de normas y actos encaminado a la protección de los derechos fundamentales, debido a lo cual, los efectos de las sentencias que se emitan en el mismo, pueden conllevar la nulidad lisa y llana del acto reclamado, o incluso una directriz para algún otro órgano del Estado, incluidos los tribunales. Por tanto, pretender que los efectos de toda sentencia de amparo sean iguales para todos los casos, implicaría negar la naturaleza del juicio de amparo como el instrumento más importante de protección de los derechos fundamentales, situación que generalizaría de forma peligrosa todo problema jurídico. No toda violación a los derechos fundamentales es igual, por lo que el efecto de una sentencia de amparo debe caracterizarse por una ductilidad que permita tutelar de la manera más efectiva posible los derechos de las personas. Debido a lo anterior, cada uno de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del juicio de amparo, en sus respectivas competencias, deberán evaluar cada caso en concreto, identificando el derecho fundamental que fue violentado, para así ponderar los efectos que tal violación constitucional acarrearía en aras de restituir el goce del derecho transgredido, sin que ello implique que no se pueda decretar la nulidad lisa y llana del acto reclamado, pues se podrá arribar a tal consideración cuando a juicio del órgano jurisdiccional competente, la violación concreta al derecho fundamental así lo amerite.[334]

Aunado al análisis concreto de cada caso, menciona el Poder Judicial de la Federación que:

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA

[334] Tesis: 1a. XXXII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro III, t.I, febrero de 2014, p. 686.

CONSIDERARLAS VÁLIDAS. Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos

perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.[335]

Estos elementos que se deben tomar en cuenta al restringir los derechos fundamentales corresponden a la ponderación de bienes y al principio de proporcionalidad en sentido amplio, es decir, a los tres subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad, a saber, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Como lo vimos en el capítulo tercero de este trabajo la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales, subsume al contenido esencial en el principio de proporcionalidad, por lo cual lo que queda después de la ponderación es el contenido esencial del derecho a estudio.

En este sentido y cómo podemos observar de las tesis analizadas no existe un criterio homogéneo sobre el contenido esencial; en algunas ocasiones se emplea la teoría absoluta y en otras, quizá de manera más común, la teoría relativa.

Sin embargo, esta situación la podemos encontrar en España y Alemania, pues, en ambos casos no existe un criterio específico sobre la determinación del contenido esencial, igual que en México se puede ver la aplicación de ambas teorías en las resoluciones de sus Tribunales Constitucionales.

[335] Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, t. I, febrero de 2012, p. 533.

Conclusiones

La reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Derechos Humanos marcó el comienzo de los estudios especializados en materia de derechos fundamentales, particularmente del llamado contenido esencial de éstos.

Sin embargo, no existe marco jurídico aplicable, pero de la interpretación del artículo 1° constitucional se observa que es obligación de todas las autoridades garantizar los derechos humanos, que como ya mencionamos, se constituyen en fundamentales al arraigarse en el derecho constitucional propio y singular del Estado Mexicano.

Lamentablemente, en nuestro país no se encuentra en los planes de estudio de las escuelas de derecho; debido a esto, no existen estudios especializados sobre el mismo, por este motivo el presente análisis se realizó tomando como base los estudios españoles y alemanes.

A fin de esclarecer el sentido y alcance de este término, se expuso en primer lugar el contexto histórico de su surgimiento, pues, el “contenido esencial de los derechos fundamentales” surgió como resultado de la reacción contra el régimen nacionalsocialista alemán, en el cual ciertos grupos de la sociedad fueron privados de sus derechos, al grado de perderlos por completo. Esos hechos tuvieron como consecuencia que en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 se impusiera un límite material, en primer lugar, al legislador para no volver a vivir aquellos sucesos trágicos que dieron como resultado la Segunda Guerra Mundial y el Holocausto.

Si bien el antecedente data de hace algunas décadas, esos hechos no han quedado en el pasado remoto, claro ejemplo de ello es el caso de Polonia que en el año 2017 aprobó dos proyectos de ley en el parlamento que entregaban al Gobierno el control del Consejo Nacional de la Judicatura y el Tribunal Supremo permitiéndole designar a sus jueces, debido a que el partido que gobernaba

(ultraconservador), además de tener la presidencia, tenía también mayoría en el parlamento.[336]

Lo anterior es sólo una muestra de que la historia puede llegar a repetirse, por ello, la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales es tan importante en los Estados Constitucionales de Derecho modernos.

A través del análisis de las diversas teorías, así como de las resoluciones aquí expuestas, se comprueba la necesidad de establecer criterios que permitan garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales en nuestro país, ya que de lo contrario éstos podrían limitarse a tal grado que quedarían desprovistos de contenido y consecuentemente desaparecerían.

En este sentido la protección del dicho contenido no se reduce al juicio de ponderación, pues el contenido esencial es un concepto autónomo, que debe estudiarse antes de llevar a cabo una ponderación de derechos.

Ya que al realizar una ponderación lo único que se estudia es si la limitación es adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto, pero en ningún momento se estudia al derecho intervenido, el derecho mismo es soslayado y pasa a segundo término, pues, lo realmente relevante es la limitación y las razones que la justifican.

En este tenor, es preciso realizar un estudio más profundo sobre la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales, que dicho sea de paso, gana adeptos en los Tribunales Constitucionales contemporáneos en contraposición a las teorías conflictualistas como la ponderación.

[336] http://cadenaser.com/ser/2017/12/20/internacional/1513773683_405383.html

Bibliohemerografía

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿una distinción válida en el siglo XXI?, *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, nueva serie, año XLIII, núm. 127, enero-abril de 2010.

AGUILAR DE LUQUE, Luis, " Los límites de los derechos fundamentales", *Revista del centro de Estudios Constitucionales 14*, enero-abril 1993.

ALDUNATE, Eduardo, “La colisión de derechos fundamentales”, *Revista derecho y humanidades*, núm. 11, 2005.

ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio de 2009.

ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2014.

ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid-México, Fundación coloquio jurídico europeo y Fontamara, 2007.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993.

ARIAS RUELAS, Salvador Felipe, “La reforma constitucional de derechos humanos y la transversalización de los derechos”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm.28, julio-diciembre de 2011.

ARNTZ, Helmut, *Alemania hoy,* Alemania, Oficina de prensa e información del Gobierno Federal, 1967.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, España, Ariel, 1996.

BAGRE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites de los derechos* fundamentales, Madrid, Dyckinson, 2004.

BARNES, Javier, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de derecho público*, núm. 5, España, septiembre- octubre de 1998.

BARNES, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparada y comunitario”, *Revista de administración pública*, núm. 135, septiembre-diciembre de 1994.

BASTIDA, Francisco y Villaverde Ignacio, *Teoría general de los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, núm. 26, 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación” *Revista española de derecho constitucional*, núm. 77, mayo- agosto de 2006.

BOROWSKI, Martín, "La restricción de los derechos fundamentales", *Revista española de Derecho Constitucional*, España, año 20, núm. 59, mayo-agosto de 2000.

BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Colombia, Universidad Externado de Colombia,2003, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho.

BURGOA CORONEL, Angélica María, “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”, *Gaceta Constitucional*, Perú, núm. 47.

BURLEIGH, Michael, *El tercer Reich*, Trad. De José Manuel Álvarez Flórez, Madrid, Taurus Historia, 2000.

CABEZUDO BAJO, María José, "La restricción de los derechos fundamentales: Un concepto en evolución y su fundamento constitucional", Revista de derecho político, núm. 77, enero-abril de 2010.

CABEZUDO BAJO, María José, “La restricción de los derechos fundamentales”, R*evista de derecho político*, núm. 62, 2005.

Cámara de diputados, *Avances y retos en la implementación de la reforma constitucional de derechos humanos*, México, Gobierno de la Republica, 2015.

CARPIZO, Enrique, “Algunas reflexiones sobre los límites al intérprete judicial de la Constitución”, *Revista de la facultad de derecho de México*, México, t. LIX, núm. 251, enero-junio de 2009

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales, *Revista de derecho*, núm.3.

CIANCIARDO, Juan, "Los límites de los derechos fundamentales", *Revista Díkaion*, Colombia, año 15, núm. 10, 2001.

Comisión de derechos humanos de la Ciudad de México, *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*, 2da. ed., México, SPDH, 2013.

CRAIG, Gordon A., *Germany 1866-1945,* Glasgow, Oxford, 1978.

CRUZ PACHECO, Juan Antonio, “La argumentación sobre derechos fundamentales: la ponderación de los derechos y los intereses generales”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, 2003.

D´ALMEIDA, Fabrice, *El pecado de los dioses. La alta sociedad y el nazismo,* Trad. de Núria Petit y Naomi Ruiz de la Prada, España, Taurus, 2008.

DWORKIN, Roland, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Planeta, 2012.

El ente y la esencia, I.

FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía de bolsillo*, Madrid, Alianza, 1993.

FERRATER MORA, José, Diccionario de teología, trad. Francisco Martínez, Barcelona, Herder, 1990

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GRIMM, Dieter, “Identidad y transformación: la ley fundamental en 1949 y hoy” trad. de I. Gutiérrez Gutiérrez, *Teoría y realidad constitucional*, n° 25, 2010.

GRUNBERGER, Richard, *A social history of the third Reich,* Great Britain, Penguin books, 1971.

HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, trad. Joaquín Bagre Camazano, Madrid, Dykinson, 2003.

Konrad Adenauer, *Restricciones a los derechos humanos, una figura ambigua,* serie renovación jurisprudencial*,* Konrad Adenauer, 2010*.*

LOPERA MESA, Gloria Patricia, “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho,* núm. 27, 2004.

LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, "Contenido esencial del derecho de libertad religiosa", *Anales de derecho*, España, núm. 15, 1997.

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena, Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución española, Granada, Comares, 1996.

LOTHAR, Michael, "¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?", *ReDC*, año 6, núm. 11, enero-junio de 2009.

M. M. Rosental y P. F. Ludin, *Diccionario filosófico*, trad. Augusto Vidal Roget, Montevideo, Pueblos Unidos, 1965.

MARTÍNEZ- PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1997.

MOSCOSO SALAS, Martín Gustavo, "El aporte del principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad", *Revista del posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 7, núm. 12, 2011.

MÜLLER, Ingo, *Los juristas del horror. La "justicia de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*, Trad. de Carlos Armando Figueroa, Caracas, ACTUM, 2007.

MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés, *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*, España, Aranzadi, 1998.

NICOLAI, Helmut, *La teoría del derecho conforme a la ley de las razas: Lineamientos de una filosofía jurídica nacionalista*, Trad. de E. Raúl Zaffaroni, con la colaboración de Fernando Arnedo, Andrea Bartos y Graciela Otano, 1ª ed. en español, Buenos Aires, CLACSO, 2015.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales", *revista Ius et Praxis*, núm. 11, 2005.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003.

PAREJO ALFONSO, Luciano, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril o de 1981", *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1, núm. 3, septiembre-diciembre de 1981.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1996.

PETIT GUERRA, Luis Alberto, "La categoría del contenido esencial para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación", *Revista de derecho (UCUDAL)*, 2da época, año 13, núm. 15, julio de 2017.

PRIETO SANCHÍS, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Pensamiento constitucional*, año VIII, núm. 8, 2002.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, España, Debate, 1985.

RAJEVIC MOSLER, Enrique Petar, "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada", *Revista chilena de derecho*, Chile, vol. 23, núm. 1, 1996.

RIBERA NEUMANN, Teodoro y VILLAGRÁN ABARZÚA, Marcelo, “60 años de la Constitución de la República Federal de Alemania. Algunas referencias de su influencia en Chile”, *Revista de derecho público*, Chile, vol. 71, 2009.

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel A., "El contenido esencial de la libertad de empresa. Algunas consideraciones jurídicas", Derecho y opinión: Revista

del departamento de disciplinas jurídico-históricas y económico sociales, núm. 9.

RUIZ RUIZ, Ramón, “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”, *Revista telemática de filosofía del derecho*, núm. 10, 2006/2007.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, 2014.

SHIRER, William L., *The rise and fall of the third Reich,* New York, *Simon y Shuster*, 1960.

SIMONETI BERTELSEN, Soledad, *Cuadernos del Tribunal Constitucional no. 42*, España, 2010.

SUÁREZ, Lidia, "La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978", *Revista de la facultad de ciencias jurídicas*, núm. 16/17, 2011-2012.

TÓRTORA ARAVENA, Hugo, "Las limitaciones a los derechos fundamentales", *Estudios constitucionales*, Chile, vol. 8, núm. 2, 2010.

UNGER, Mark, “sesenta años de la ley fundamental alemana- de un provisorio con una larga vida”, *Estudios constitucionales*, Chile, año 7, n° 2, 2009.

Unión Interparlamentaria y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Manual para Parlamentarios N° 26*, Courand et Associés, 2016.

VÁZQUEZ VALENCIA, Luis Daniel, " La razonabilidad y el contenido esencial de los derechos humanos: propuesta de un test", *Alegatos*, México, núm. 92, enero-abril de 2016.

VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia Alejandra, *Contenido esencial de los derechos fundamentales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

español, Madrid, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, 2003.

WALTNER, Georg, “Principios de la Constitución dela República Federal de Alemania. Historia, desarrollo y desafíos del presente”, trad. de Enrique Amione Gibson, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, N° 7, 1983.

WILDT, Michael, *Hitler´s Volksgemeinschaft and the dynamics of racial exclusion*, Trad. de Berbard Heise, Berghahn, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003.

Tesis: 1a./J. 139/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, t. I, enero de 2013.

Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, t. I, febrero de 2012.

Tesis: 1a./J. 9/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 63, t. I, febrero de 2019.

Tesis: 1a. CXLII/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007.

Tesis: 1a. XCVII/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011.

Tesis: P. LXIX/2011(9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, t. I, diciembre de 2011.

Tesis: 1a. CCXV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXII, t. 1, Julio de 2013.

Tesis: 1a. LXX/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, t. I, marzo de 2013.

Tesis: 1a. XXXII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro III, t.I, febrero de 2014.

Tesis: 2a. XCII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, t. I, septiembre de 2016.

Tesis: I.4o.A.17 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX, t. I, abril de 2013.

Tesis: I.9o.A.1 CS (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 28, Tomo II, marzo de 2016, p. 1738.

Tesis: XXVI.5o. (V Región) 2 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, p. 1876.