

La categoría del «contenido esencial» para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación¹

The “essential content” category for the minimum content of fundamental social rights and its problematic application

*Luis Alberto Petit Guerra**

*Universidad de Pisa

luispetitguerra@hotmail.com

<http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1378>

Recibido: 15/01/17. Revisado: 09/02/17. Observado: 28/03/17. Aceptado: 03/04/17.

¹ Este artículo recoge –a modo de resumen–, uno de los aspectos centrales de la tesis doctoral del autor, defendida en la Universidad de Sevilla, España, Departamento de Derecho Constitucional, evaluada con máxima calificación (Sobresaliente y mención Cum Laude), julio, 2016. Disponible: <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/44345/TESIS%20DOCTORAL%20LUIS%20PETIT%20GUERRA.pdf?sequence=1> (1-347).

RESUMEN: La teoría del contenido esencial en la determinación de los derechos sociales ha encontrado algunas “imperfecciones”, siendo una categoría que sirve para resolver algunos problemas (ayuda a establecer unos contenidos nucleares); pero luce insuficiente frente a otros (por ej. ante cada omisión legislativa y/o gubernativa -en su caso-). Subrayando las diferencias –pero también las relaciones-, se impone un diálogo entre el «contenido esencial» con otras categorías como el «contenido esencial de derechos humanos»; el «derecho al mínimo vital» y el «contenido mínimo (expreso) constitucional». Sin cuestionar la capacidad legitimadora del legislador; tampoco desconocer los problemas derivados de su omisión en la (falta) de materialización de este tipo de derechos de carácter prestacional; confiando más en la justicia constitucional para coadyuvar –sin competir- en hacer efectivos estos derechos desde unos contenidos constitucionales (expresos).

PALABRAS CLAVE: derechos sociales fundamentales, contenido mínimo, contenido esencial, contenido mínimo vital, justicia constitucional.

ABSTRACT: The theory of the essential content in the determination of social rights has found some “imperfections”, being a category that serves to solve some problems (helps to establish nuclear contents). But it looks insufficient in front of others (eg before each legislative and/or governmental omission -in his case). Underlining the differences -but also the relations- a dialogue between the “essential content” with other categories like the “essential content of human rights” is imposed. The “right to the vital minimum” and the “constitutional minimum (express) content”. Without questioning the legitimating capacity of the legislator; nor to ignore the problems derived from its omission in the (lack) of materialization of this type of rights of a benefit character; trusting more in the constitutional justice to contribute -without competing- in realizing these rights from constitutional (express) contents.

KEYWORDS: fundamental social rights, minimum content, essential content, vital minimum content, constitutional justice.

Sumario: 1. A modo de introito. 2. Acercándonos a los orígenes/funcionalidad del contenido esencial. 3. De algunos de los problemas detectados que presenta la teoría del contenido esencial. 4. De las otras salvaguardas. La coexistencia de otras categorías constitucionales junto a la determinación explícita de los derechos sociales prestacionales mínimos. 5. A modo de conclusiones (nunca completas).

1.

A MODO DE INTROITO

En el establecimiento del contenido (mínimo) de los derechos sociales fundamentales convergen una serie de teorías, que desde distintos frentes pretenden tan complicada empresa. Que la determinación de los contenidos en derechos sociales se encuentre —como dice Stern— entre los temas más difíciles y discutidos², demuestra la actualidad del asunto. Aunque el reconocimiento del contenido de derechos fundamentales ha resuelto (algunos) problemas, también ha generado otros por ciertas imprecisiones, interpretaciones contrarias y asunto que siguen sin estudiar³. El debate sobre el establecimiento de los derechos sociales fundamentales respecto a su delimitación interna sigue vigente según se colige de parte de la doctrina (Martínez-Pujalte⁴; Carbonell⁵; Heuko⁶).

La idea central de la teoría del «contenido esencial» como (mejor) “parámetro” en el establecimiento de los contenidos *más* básicos de los derechos sociales⁷, descansa en la capacidad legitimadora del poder legislativo para esas funciones⁸. Se confía en la legitimidad del legislador democrático, bajo el entendido de que existe un núcleo (variable y voluble), que aunque se diga deviene de la Constitución, lo cierto es que proviene de la “interpretación” que se haga del texto constitucional. Es decir, **el legislador deduce qué constituye parte esencial —y qué no— en cada derecho fundamental que interviene/limita**, con lo cual, estamos en presencia de un contenido (implícito) esencial de cada derecho.

La hipótesis de este artículo es que, no obstante las fortalezas de dicha categoría en términos de proyección⁹, existen algunas áreas difusas (zonas de penumbra). Son pues nuestros objetivos subrayar parte de esa problemática detectada por la doctrina más calificada (indeterminación del concepto; vaguedad; confusión de teorías y además, como fórmula

² Stern, Klaus. *“El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”*, n.º 1 (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998), 272.

³ Martínez, María Salvador. “Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales”, en: *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autónomo, Estudios constitucionales y políticos*, M. Á. Aparicio (Coord.), (Barcelona, Cedecs Editoriales, 2001), 201 (199-218).

⁴ Martínez-Pujalte, Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, nro.65 (Madrid, CEC, 1997), 63.

⁵ Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales* (Buenos Aires, Ed. Ad-hoc, 2007), 78.

⁶ Heuko Guillermo, Ramon. “A efetividade e atuação judicial na promoção dos direitos sociais prestacionais”, en: *Direitos Fundamentais da pessoa humana. Um diálogo Latino-americano*, cap. II (Curitiba, Editora Alteridade, 2012), 365 (357-379).

⁷ Entre otros, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social*, (Buenos Aires, Ed. Estudios del Puerto, 2006), 31.

⁸ Carbonell. *Neoconstitucionalismo*, 77-78.

⁹ Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, 1ª ed. (Caracas, Ed. Legis, 2010), 287.

incompleta), para luego presentar algunas ideas (respuestas que no soluciones) que intenten mejorar la aplicabilidad práctica del contenido esencial.

2.

ACERCÁNDONOS A LOS ORÍGENES/FUNCIONALIDAD DEL CONTENIDO ESENCIAL

Debe su arraigo en la República de Weimar (donde se gestaron importantes aportes de la ciencia jurídica que abrieron cauces a la noción de una esencia intocable de los derechos fundamentales), aunque resulte paradójico que la misma ley fundamental permitiera a su vez un amplio espacio para una intervención legislativa ilimitada (que concluyeron con los abusos de las facultades presidenciales extraordinarias que acelerarían el ocaso del parlamentarismo y llevarían al poder al nacional-socialismo¹⁰). Por ende, se tuvo que esperar propiamente el final de la guerra para su verdadero impulso/utilidad¹¹. Con estos antecedentes, según Lothar “puede haber sido también influenciada por el límite a las limitaciones de los derechos fundamentales del artículo 28 de la Constitución argentina (1853)”¹²; pero contradiciendo a Stern, niega que aquella regulación contenga en sí mismo una garantía propiamente dicha a modo de contenido esencial del vigente artículo 19.2. alemán¹².

Con motivo del desconocimiento de los derechos básicos en Weimar, algunos Estados federados consagraron en sus respectivas Constituciones el contenido esencial de los derechos fundamentales¹³; resaltando la Constitución de Hessen (1946), cuyo art.63.1 disponía «el derecho fundamental en cuanto a tal» debe permanecer inalterado¹⁴. Más adelante, ya en presencia de la *Ley Fundamental de 1949*, su mencionado artículo 19.2. establece: “En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”; el cual es auspiciado de una rica contribución jurisprudencial (del Tribunal Administrativo Federal, del Tribunal Supremo Federal y del Tribunal Constitucional Federal¹⁵). Es una garantía institucional *más* de las que contempla su Ley fundamental¹⁶, que supone que cada derecho

¹⁰ Casal Hernández, *Los derechos*, 278.

¹¹ Casal Hernández, *Los derechos*, 279.

¹² Lothar, Michael. “¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?”, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, año 6, nro.11, ene-jun. (Universidad de Granada, 2009), p.166. Disponible: http://www.ugr.es/~redce/REDCE11pdf/06_LOTHAR%20MICHAEL.pdf (febrero, 2015). (165-187).

¹³ Casal Hernández, *Los derechos*, 280-281.

¹⁴ Löthar, “¿El contenido esencial, 171.

¹⁵ Casal Hernández, *Los derechos*, 281.

¹⁶ Cruz Villalón, Pedro. “Formación y evolución de los Derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm.25 (ene-abr. 1989), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 61 (35-62).

fundamental tendría un núcleo esencial que no podría ser afectado por el legislador en forma alguna al existir unos “elementos mínimos que hacen al Derecho reconocible¹⁷”.

Más adelante se verá cómo se insertó esta teoría en el contexto constitucional de otros lados, por momentos reconocer con Balaguer Callejón que: “El contenido esencial de los derechos puede considerarse como el núcleo de la articulación normativa entre Constitución, legislación y jurisdicción¹⁸.” Dicha relación se explica para evitar los abusos del legislador¹⁹, 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 objetivo es hacer frente a la “debilidad” normativa de la Constitución²⁰.

Se parte de la idea de que cada derecho fundamental como derecho subjetivo, está revestido de un haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación que cada constitución reconoce a sus titulares; que se entiende como contenido constitucionalmente protegido²¹; lo que quiere decir, existen también contenidos «no esenciales»²²; cosa que permite deducir que hay unas áreas de los contenidos de derechos que están más allá del núcleo o esencia²³. Conforme se viene diciendo, si hay un núcleo (intocable) que debe respetar el legislador para no desnaturalizar el derecho intervenido; y también hay otras áreas de ese derecho no protegido; quiere decir que su característica es variable y voluble en el tiempo (cambiante en razón de determinadas circunstancias); que como dice García Schwarz es móvil, histórica y abierta²⁴.

La notable influencia de dicha teoría se comprueba por su recepción en las diversas Cartas Políticas que copiamos de la lista que presenta Von Bernstorff²⁵: (i) Constitución de Portugal

¹⁷ Obando Blanco, Víctor R. *El derecho a la tutela jurisdiccional, Serie Derechos y Garantías*, Nro.1, 2ª ed. (Lima, Palestra Editores, 2002), 112.

¹⁸ Balaguer Callejón, Francisco. “Capacidad creativa y límites del legislador en relación a los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos”, en: *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Estudios constitucionales y políticos*, M. Á. Aparicio (Coord.), (Barcelona, Cedecs, 2001), 96 (93-116).

¹⁹ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 96.

²⁰ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 107.

²¹ Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*, (Madrid, McGraw-Hill, 1996), 11.

²² Cruz Villalón, Pedro. “Derechos fundamentales y legislación”, en: *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio De Otto* Servicio de Publicaciones (Oviedo, Universidad de Oviedo, 1993), 417.

²³ Medina Guerrero, *La vinculación negativa...*, 40-41.

²⁴ García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Su imprescindibilidad y sus garantías*, Serie El derecho (México, Miguel Ángel Porrúa Editor, 2011), 102 (en nota a pie de página).

²⁵ Von Bernstorff, Jochen. “Protección del contenido esencial de los derechos humanos”, en: *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-

-Art.18.3-; (ii) Constitución de Suiza -Art.36-; (iii) Constitución de Polonia -Art.30.3-; (iv) Constitución de Rumania -Art.49.2-; (v) Constitución de Eslovaquia -Art.13.4-; (vi) Carta de derechos fundamentales de la República Checa -Art.4.4-, (vii) Constitución de Hungría -Art.8.2.-, (viii) Constitución de Turquía -Art.13-; (ix) Constitución de Albania -Art.17.2-; (x) Constitución de Estonia -Art.11.2-, (xi) Constitución de Kirguistán -Art.17.2-; (xii) Constitución de Moldavia -Art.54.2-; (xiii) Constitución Federal Argentina -Art.28-; (xiv) Ley Fundamental de Alemania -Art.19.2-; (xv) Constitución de España -Art.53.1.-]; y, aunque dicho autor obvió citar la Constitución de Chile -Art.19-, debe agregársela como se lee con Nogueira Alcalá²⁶; en virtud de que ese país tiene un amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial -al igual que muchos otros países- que va en línea con la orientación española y alemana²⁷. Adicionalmente, dicha figura aparece también recogida en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Art.17.)²⁸; así como también, prevista en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (Art.5.1.)²⁹.

Se trata pues de una categoría “importada” a otros ordenamientos³⁰. La influencia que esta teoría alemana trasladó al sistema constitucional español es tan notable³¹; que para Cossio el contenido esencial constituiría el rasgo definidor de la fundamentabilidad de ese sistema³², afirmación que es corroborada por el resto de la doctrina y la jurisprudencia³³, aunque para otro sector -Cotino Hueso- la jurisprudencia de ese país acude muy poco a dicha categoría³⁴. Dado el nivel de influencia que a su vez el ordenamiento jurídico español transmitió a Latinoamérica, se subraya el artículo 53.1 de su Carta Política, según el cual: “(...) Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de

Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615 (México, UNAM, 2011), 159 (en nota a pie de página).

²⁶ Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina jurídica, nro.156 (México, UNAM, 2003), 108.

²⁷ Para cualquier ampliación: Varas, Paulino y Mohor, Salvador. “Acerca de la esencia de los derechos constitucionales y de su libre ejercicio que consagra el artículo 19 n° 26 de la Constitución política”, *Revista de Derecho de la Universidad Valparaíso XVIII* (1997), 157-166. Disponible: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/363/338> (marzo, 2015).

²⁸ Löthar, “¿El contenido esencial, 167.

²⁹ Von Bernstorff, “Protección del contenido, 157.

³⁰ Martínez, “Sobre el contenido, 212.

³¹ Parejo Alfonso, Luciano. “El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nro.3 (1981), 170.

³² Cossio, José R. *Estado social y derechos de prestación* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989), 68.

³³ Abramovich- Courtis, *El umbral*, 31.

³⁴ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión prestacional*, nro.221 (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 107.

acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1. a)”. La Constitución Española tiene la peculiaridad –en palabras de Cruz Villalón– que, a diferencia de la Ley Fundamental Alemana, aquella recoge en una sola cláusula los dos elementos fundamentales: las posibilidades y los límites³⁵; circunstancias desde las cuales Castillo “supone que no se puede trasladar directa y plenamente la doctrina alemana para interpretar el caso español, pues ‘regular’ no significa ‘limitar’”³⁶.

En el caso español “el contenido esencial se debe buscar principalmente *en la Constitución* y en las leyes orgánicas” a través del poder legislativo el cual, basado en un procedimiento de racionalidad política, “propone el contenido esencial³⁷”. Se trata –por así decirlo–, de un **contenido esencial implícito** de la Constitución, ya que al no estar en ella misma en forma expresa todo *se reduce a lo que el órgano deliberativo determina cuál es el contenido esencial de cada derecho fundamental*.

Esta dinámica (para controlar al legislador por cuanto el contenido esencial no esté predeterminado en forma precisa); permite que la jurisprudencia “juzgue” si determinadas acciones (en cuanto a las intervenciones legislativas), soportan o no el examen de constitucionalidad, en el sentido de si afectan o no, el llamado contenido o núcleo esencial de los derechos fundamentales en juego. Pero a pesar de estar razonado el sistema para que el propio legislador “distinga” el contenido esencial de derechos fundamentales; también la justicia constitucional está habilitada para tal distinción³⁸; pues en efecto, más adelante se corrobora la mayor presencia de la justicia en el desarrollo de otras categorías homólogas (como el derecho al mínimo vital).

3.

DE ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS DETECTADOS QUE PRESENTA LA TEORÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL

El éxito de esta teoría, sin embargo, contrasta con ciertas áreas difusas. En nuestro caso, interesa averiguar si se ha dado un debate real sobre la trascendencia del contenido

³⁵ Cruz Villalón, “Derechos fundamentales, 416.

³⁶ Castillo-Córdova, Luis. “Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales”, Facultad de Derecho, área departamental de Derecho (Perú, Universidad de Piura, 2002), 7-8 (1-33). Disponible: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1895/Acerca_garantia_contenido_esencial_doble_dimension_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1

³⁷ Pietro Sanchís, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid, Ed. Debate, 1990), 164.

³⁸ Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos* (Buenos Aires, Ediar, 2005), 62.

esencial –amen de su utilidad- frente a sus distintos “problemas”. En ese punto a las quejas sobre la falta de trabajos monográficos (suficientes) del contenido esencial de los derechos fundamentales³⁹; se suman otros reparos más de fondo. Así por ejemplo, en el ordenamiento español, se sostiene que su Tribunal Constitucional, ni la ley, ni la doctrina constitucional se han dedicado en profundidad a concretar este tema del contencional⁴⁰, a diferencia de la doctrina alemana que se ha dedicado *más* en tratar de determinarlo⁴¹. En ese hilo conductor, para Prieto Sanchís “qué sea o cómo haya de entenderse dicho contenido [esencial] es cuestión muy controvertida y, en líneas generales, los debates producidos en Alemania han tenido reflejo en España⁴²”; del mismo modo que según Jiménez Campo la exigencia constitucional para el respeto del contenido esencial; dice, encierra “una vastedad de problemas⁴³”. Según parece, hay un terreno fértil para la discusión, a pesar de que se esté en presencia de una teoría que luce *dominante*.

Aunque no son los únicos ejes problemáticos; podemos destacar: (i) la existencia en el interior de esta tesis -a su vez- de distintas teorías que con distintos enfoques intentan explicarla; (ii) la indeterminación -como lenguaje contextual- para la fijación de los límites internos (en razón de su ambigüedad); (iii) el ámbito de aplicación (¿para quién está diseñado: para *el legislador o para el resto de poderes públicos?*; ¿qué pasa con el resto de los derechos que no son fundamentales?); y por último –sin que agote la lista-; (iv) la cuestión de que el núcleo protegido deja sin resguardo lo accesorio de cada derecho fundamental. El objetivo de este ensayo no hace posible hacer una exhaustividad de cada ítem, pero si destacar en forma general probablemente los aspectos más acuciantes de un debate que sigue pendiente.

Sobre el primero de aquellos aspectos se observa que, para explicar la manera de determinar el contenido esencial, existen a su vez varias teorías que con distinto signo pueden estar designando lo mismo. A mero fines ilustrativos, se tienen entre estas denominaciones: Pérez Luño⁴⁴ (*teoría positivista; teoría de los valores y teoría institucional*); Gil Domínguez⁴⁵ (*teoría espacial absoluta y teoría espacial relativa*); Casal Hernández⁴⁶ (*teorías objetivo-abstrac-*

³⁹ Casal, *Los derechos*, 282.

⁴⁰ Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena. “El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Nro.13 (1996), Universidad de La Laguna, España, 42 (41-76).

⁴¹ Lorenzo Rodríguez-Armas, “El problema del contenido, 42.

⁴² Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Colección estructuras y procesos, serie Derecho, 2ª ed. (Madrid, Ed. Trotta, 2009), 231.

⁴³ Jiménez Campo, Javier. “El legislador de los derechos fundamentales”, *Estudios de Derecho público homenaje a Ignacio De Otto* (Oviedo, Universidad de Oviedo, 1993), 504.

⁴⁴ Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª ed. (Madrid, Ed. Tecnos, 2010), 317-318.

⁴⁵ Gil Domínguez, *Neoconstitucionalismo*, 61-62.

⁴⁶ Casal, *Los derechos*, 291-305.

tas y subjetivo-individuales; teorías absolutas y relativas); Medina Guerrero⁴⁷ (teoría absoluta y teoría relativa); Bernal Pulido⁴⁸ (teoría espacial-absoluta; teoría mixta y teoría temporal absoluta); López Sánchez⁴⁹ (teoría interna y teoría externa), Martín Huertas⁵⁰ (teoría absoluta y teoría relativa -según Alexy-; teoría absoluta relativizable y teoría institucional -según Häberle-), junto a otros más que apuntan a esa distinción. Precisamente, esta disparidad de teorías ha dado lugar a sendas críticas (Durán Rivera⁵¹); en el sentido de que la existencia de la teoría absoluta y de la teoría relativa constituyen en sí misma un “problema” para la determinación del núcleo básico de los derechos fundamentales por vía jurisdiccional (Sánchez Gil⁵²); y asimismo, que esa disparidad de visiones desde las cuales se explica la garantía del contenido esencial (junto a otros obstáculos conceptuales), son las principales razones acerca de la cautela que ha tenido la jurisprudencia para aproximarse a dicha noción (Casal Hernández⁵³). Serían entonces bien fundadas las objeciones que se formulan en contra de estas teorías que explican la garantía del contenido esencial⁵⁴. En virtud de lo expuesto, completa Martínez-Pujalte:

(...) el problema central que se ha detectado radica en que, si seguimos las orientaciones de la doctrina dominante –ya sean las teorías relativas o las absolutas–, el límite a la actividad legislativa expresada en la garantía del contenido esencial se convierte en un cauce para relativizar la protección de los derechos fundamentales, cuando parece que debiera suceder justamente lo contrario⁵⁵.

Expuestas así las cosas, se pasa ahora al segundo de los aspectos problemáticos (con relación a su indeterminación/ambigüedad), pues como se reconoce en otro lado, el tema del contenido esencial sigue siendo una fuente permanente de interrogantes⁵⁶. Si en la propia

⁴⁷ Medina Guerrero, *La vinculación*, 146-147.

⁴⁸ Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., (Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2005), 422-437. Disponible: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24748.pdf> (jun., 2016) 1-881.

⁴⁹ López Sánchez, Rogelio. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. Un instrumento para asignar contenido esencial a los Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Tesis doctoral (México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2014), 186. Disponible: <http://eprints.uanl.mx/3947/1/1080253612.pdf> (sept., 2015).

⁵⁰ Martín Huertas, María A. “El contenido esencial de los derechos fundamentales”, *Revista de las Cortes Generales* N° 75, (Madrid, Congreso de los Diputados, 2008), 134-140 (1-501).

⁵¹ Durán Rivera, Willman R. “*Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho*”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas (México, UNAM, 289. (283-290) Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr15.pdf> (noviembre, 2014).

⁵² Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1ª ed., (México, UNAM, 2007), 112. (1-120). Disponible: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/12.pdf> (marzo, 2014).

⁵³ Casal Hernández, *Los derechos*, 290.

⁵⁴ Casal Hernández, *Los derechos*, 291.

⁵⁵ Martínez-Pujalte, Luis. *La garantía*, 37.

⁵⁶ Parra Cortés, Lina V. “*Contenido Mínimo de los derechos humanos y Neoconstitucionalismo. El caso del derecho al trabajo*”. Tesis de Magíster (Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2010), 59. Disponible: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2499/1/T0963-MDE-Parra-Contenido%20m%C3%ADnimo.pdf> (marzo, 2015).

Alemania en donde se gestó tal garantía se mostraron las dificultades propias de esta categoría⁵⁷; parece lógico que puedan “trasladarse” igualmente tales dificultades –y otras más– a los diversos ordenamientos que le han receptado. Entre estos inconvenientes, siguiendo al maestro Risso Ferrand, otra voz tan autorizada como Louis Favoreu [*Droit Constitutionnel*, 2ª ed., edition Dalloz, Paris, 1999, p.806], refiriéndose específicamente sobre tal situación en los casos de Alemania y España, argumentaba que el concepto de contenido esencial en esos países *es de difícil determinación*⁵⁸, afirmación que viene seguido de diversas opiniones en el mismo destino, como el caso de Lothar, quien siguiendo a T.W. Adorno, advertía que: “Cada referencia que se haga al contenido esencial se expone a la crítica de una jerga de esencialidad⁵⁹”. Estos inconvenientes del proceso de “descubrimiento” del contenido esencial (primero para que sea límite frente al legislador y luego para que la justicia constitucional analice si se cumplieron con los estándares constitucionales mínimos); como afirma López Alarcón, surgen porque **“la Constitución no es lo suficientemente explícita para que se baste para definir el contenido esencial”**⁶⁰ (Subrayado nuestro) y por esa razón encuentra “serias dificultades de precisar el contenido esencial⁶¹”; pero sobre todo “de apreciar en dónde hay una limitación que configure el contenido de un derecho fundamental⁶²”.

Como la propia Constitución en sí misma no regula expresamente la forma de establecer tales contenidos esenciales; ha correspondido a la ciencia jurídica junto a la jurisprudencia “resolver” ese tema. Por ejemplo, en el caso de España cuyo ordenamiento sirve de base a otros países de habla hispana, Lorenzo Rodríguez-Armas enfatiza que su Tribunal Constitucional se ha hecho cargo de atender tal “problemática” de la indeterminación del contenido esencial⁶³; situación que es homologa en Alemania, en cuyo lugar, enseña Parejo, también el Tribunal Constitucional Federal fue consciente de la “dificultad” que entrañaba la depuración de la técnica del contenido esencial (respecto a cuál era el contenido esencial y cuál debía ser el método⁶⁴). A pesar de esto, este último elogia su utilidad razonando que no puede empañarse por las distintas críticas de la doctrina⁶⁵; afirmación suya que confirma

⁵⁷ Medina Guerrero, *La vinculación negativa*, 157.

⁵⁸ Risso Ferrand, Martín. *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, 2ª ed. (Montevideo, Fund. de cultura universitaria, 2011), 66.

⁵⁹ Lothar, “¿El contenido esencial”, 178.

⁶⁰ López Alarcón, Mariano. “Contenido esencial del derecho a la libertad religiosa”, *Anales del Derecho*, N.15 (1997), 28. Disponible: [file:///C:/Users/Michelle/Downloads/81411-334311-1-PB%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/Michelle/Downloads/81411-334311-1-PB%20(5).pdf) (enero, 2017).

⁶¹ López Alarcón, “Contenido esencial”, 26.

⁶² López Alarcón, “Contenido esencial”, 29.

⁶³ Rodríguez Calero, Juan Manuel. “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español”, vol. 9, núm. 1, *Revista Frónesis* (2002), 32 (29-56). Disponible: <http://www.produccioncientifica.luz.edu.ve/index.php/fronesis/article/viewFile/16469/16442> (enero, 2015).

⁶⁴ Parejo Alfonso, “El contenido esencial”, 171.

⁶⁵ Parejo Alfonso, “El contenido esencial”, 171.

la existencia de tales críticas, sin desmerecer el esfuerzo argumentativo que conlleva la aplicación –en torno a la utilidad- del contenido esencial.

El elenco de críticas llega a la raíz misma de su definición (Risso Ferrand⁶⁶, Indacochea Prevost⁶⁷ y Rondón García⁶⁸), resaltando el primero al calificarlo como una noción nada clara, un «concepto confuso y problemático⁶⁹»; esto es, un «concepto problemático y complejo⁷⁰» (Medina Guerrero). En esos términos, es que Figueroa Gutarra⁷¹ defiende como válidas las críticas que se exponen con Castillo Córdova⁷² cuando califica al contenido esencial como una «expresión confusa o equívoca». Siguen las ideas en su contra, al asumirse que el contenido esencial se presenta como un *concepto de difícil determinación* (Pérez Luño⁷³), que su delimitación no es una tarea sencilla (Martínez⁷⁴; Lorenzo Rodríguez-Armas⁷⁵ y Balaguer Callejón⁷⁶), que es un concepto inseguro y variable (Nogueira Alcalá⁷⁷); e igualmente que tal indeterminación plantea para el legislador un escollo que ha tenido que “resolver” la jurisprudencia (Villavicencio⁷⁸). Vistas así las cosas, parece tener razón Ojeda Marín cuando afirma que “la determinación del contenido esencial es tarea harto dificultosa⁷⁹”.

A los problemas derivados de su indeterminación/ambigüedad, se suman otro tipo de objeciones. Específicamente porque su rango de aplicabilidad (solo) implica a los derechos fundamentales. Dicha teoría dejaría por fuera a un importante número de otros derechos que no son calificados como fundamentales (De Otto y Pardo⁸⁰); ya que, por el contrario, se ha defendido que *también aquellos otros derechos no fundamentales* tendrían igualmente

⁶⁶ Risso Ferrand, *Algunas garantías*, 69.

⁶⁷ Indacochea Prevost, Úrsula. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC”, J. Avendaño Valdés, J. Santistevan de Noriega y V. García Toma (Coords.), nro.8, agosto (Lima, Gaceta Constitucional, 2008), 58 (53-66).

⁶⁸ Rondón García, Andrea. “Propiedad privada y derechos fundamentales. Nuevamente el caso de promociones Terra Cardón C.A. sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia”, *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo, Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas* (Caracas, Funeda, Caracas, 2010), 205-206.

⁶⁹ Risso Ferrand, *Algunas garantías*, 76.

⁷⁰ Medina Guerrero, *La vinculación*, 15.

⁷¹ Figueroa Gutarra, Edwin. *¿Límites a la justicia constitucional?* (Perú, 2011). Disponible: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/%C2%BFlimites-a-la-justicia-constitucional/> (enero 2014).

⁷² Castillo Córdova, Luis. *Comentarios al código procesal constitucional*, tomo I, Título preliminar y disposiciones generales, 2ª ed. (Lima, Ed. Palestra, 2006), 221 (1-404).

⁷³ Tal afirmación se corresponde en las obras individuales: (i) Pérez Luño, Antonio E. *Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española*, 8ª ed. (Madrid, Ed. Tecnos, 2004), 29; (ii) Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución*, 10ª ed. (Madrid, Ed. Tecnos, 2010), 318.

⁷⁴ Martínez, “Sobre el contenido”, 215.

⁷⁵ Lorenzo Rodríguez-Armas, “El problema del contenido”, 45.

⁷⁶ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa”, 112.

⁷⁷ Cit. por Risso Ferrand. *Algunas garantías*, 70.

⁷⁸ Villavicencio, Vicente. “Algunos lineamientos de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, *Revista Derecho y sociedad*, Año 2, (abril 2001), Caracas, Universidad Monteávila, 276.

⁷⁹ Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social y crisis económica* (Madrid, Ed. Complutense, 1996), 118.

⁸⁰ Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo [y] De Otto y Pardo, Ignacio. *Derechos fundamentales y constitución* (Madrid, Ed. Civitas, 1988), 77.

un «contenido efectivo mínimo» (Díez-Picazo⁸¹). En ese orden, acá se sigue la idea que todo derecho social, sea fundamental o no, tiene un contenido esencial —o mínimo— que no necesariamente debería quedar en manos del legislador democrático⁸². En todo caso, bajo el supuesto que solo es aplicable en materia de derechos fundamentales, surgen otros inconvenientes —que no son menores—; sobre lo que debe entenderse por «contenido esencial» del derecho y el grado de «vinculación» del Poder público a ese contenido⁸³ (Castillo Córdova). En el mismo sentido, poder establecer cuáles son las propiedades que distinguen a este núcleo del derecho de aquel que no lo es⁸⁴, todo lo cual nos lleva a coincidir con Figueroa Gutarra en cuanto a que “la insuficiencia de la propuesta de los ámbitos determinados respecto a los contenidos de un derecho fundamental, generó dificultades de praxis para la ubicación, determinación y extensión de esos ámbitos⁸⁵”.

Parece indicar que la doctrina es consciente de los vacíos y complicaciones que implican la aplicación de la teoría del contenido esencial, debiéndose acompañar de enormes refuerzos argumentativos. Ahora bien, si después de lo que se ha expuesto hasta ahora, aún todavía alguien dudara que se está en presencia de una *categoría problemática*; debería analizarse si de verdad (como se quiere hacer ver), **la tesis del contenido esencial constituye un auténtico límite a los poderes públicos (aunque principalmente al legislador) o si se trata de una categoría directiva**, entonces, “imprecisa” por lo maleable. A esta última conclusión parece arribarse cuando el mismo Häberle a quien se debe bastante la profusión de tal teoría, reconoce que **tal figura tiene meramente un valor simbólico**. Ergo, una “advertencia” pero no una auténtica “barrera” frente al legislador⁸⁶. Es quizás por este aspecto, que Fernández Segado, uno de los más importantes comentaristas a la obra de aquel, es consciente de las numerosas objeciones que se prodigan al instituto del contenido esencial tratado por Häberle⁸⁷.

⁸¹ Díez-Picazo, Luis María. “La idea de derechos fundamentales en la constitución española”, *Constitución y constitucionalismo hoy, Cincuentenario del derecho constitucional comparado de M. García Pelayo* (Caracas, Ed. Ex Libris, 2000), 400.

⁸² Petit Guerra, Luis. “El derecho legislativo y el derecho judicial en el sistema de fuentes y el control democrático”, *Direitos Fundamentais da pessoa humana. Um diálogo Latino-americano*, cap. II (Curitiba, Editora Alteridade, 2012), 365.

⁸³ Castillo-Córdova, “Acerca de la garantía, 6.

⁸⁴ Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos* (Buenos Aires, Ediar, 2005), 61.

⁸⁵ Figueroa Gutarra, Edwin. “Contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental: reglas para su determinación”, nro. 78, junio (Lima, Gaceta Constitucional, 2014), 28 (21-26). Disponible: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/sumarioGC.pdf> (junio, 2016)

⁸⁶ Casal Hernández, *Los derechos fundamentales...*, 281.

⁸⁷ Según comenta Francisco Fernández Segado en “Presentación y Estudio Preliminar”, Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Trad. Joaquín Brage Camazano (Madrid, Ed. Dykinson, 2003), LX y LXI.

Pero no quedan allí los puntos a discutir. Entre otras objeciones, en el caso español, para De Otto –citado por Balaguer Callejón–, existiría en su criterio una “virtualidad” de la garantía del contenido esencial, a diferencia del caso alemán en donde se precisa como verdadero *límite de límites*⁸⁸; pues más bien se entiende “como una técnica al servicio de la habilitación para limitar, haciendo posible la distinción entre un contenido esencial y un contenido accesorio del Derecho, pudiendo este último estar a plena disposición del legislador⁸⁹”.

Al protegerse únicamente un núcleo o contenido esencial de derecho, se dejaría por fuera de ese ámbito de protección también parte de determinado derecho o contenido accesorio⁹⁰. En el mismo tenor, Carrasco Perera –citado por Balaguer Callejón⁹¹– siguiendo el criterio doctrinal por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, advierte que “el contenido esencial se habría convertido en un argumento en blanco, esto es, en un ‘tópico’ que desarrolla una misión discursiva, argumentativa⁹²”. Pero a pesar de sus fundadas críticas, este mismo autor admite “que la garantía del contenido esencial es un indicador positivo en todo orden constitucional en que se contempla⁹³”, cuestión esta última con la que vamos a convenir; sin que sirva de excusas para no buscar *otras vías* paralelas como aquí se pretende.

Con ese objetivo, lo que acá se propone es estudiar nuevas respuestas (o salvaguardias) conviniendo con Casal que “en ocasiones se evita entrar en el análisis detenido del concepto aduciendo que no ha jugado ningún papel relevante o que es una categoría simplemente vacía⁹⁴”. En ese mismo orden, Linares Benzo reconoce los inconvenientes de llevar esta teoría a la práctica para enjuiciar a su vez a las leyes respectivas⁹⁵. Sin embargo, ambos (como nosotros) están en favor de tal teoría no obstante de su problemática.

Adicionalmente, surgen otras críticas desde una perspectiva bien singular. Se trata de ciertas objeciones de un importante sector doctrinal que cataloga la teoría del contenido esencial como un «concepto jurídico indeterminado»⁹⁶. Esa posición originaria que trata al contenido esencial como concepto jurídico indeterminado es seguida por muchos

⁸⁸ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 92.

⁸⁹ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 93.

⁹⁰ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 93

⁹¹ Balaguer Callejón se refiere al trabajo de Carrasco Perera, A. *El juicio de razonabilidad en la justicia Constitucional*, nro. 11 (Madrid, REDC, 1984).

⁹² Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 104.

⁹³ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 107.

⁹⁴ Casal Hernández, *Los derechos fundamentales...*, 282.

⁹⁵ Linares Benzo, Gustavo. “Actos normativos inconstitucionales por contrarios a los derechos fundamentales”, *Constitución & reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho* (Caracas, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, 1991), 213.

⁹⁶ Parejo Alfonso, “El contenido esencial, 188.

autores más, como bien lo expone García Soto⁹⁷, tomando en cuenta los trabajos tanto del propio Parejo Alfonso⁹⁸ -ya referido-; junto a Brague Camazano⁹⁹; Colina Garea¹⁰⁰; Prieto Sanchís¹⁰¹; Gavara de Cara¹⁰² y Rubio Llorente¹⁰³. Ahora bien, además de esta serie de trabajos, se confirma con otros autores más que apuntan en la misma dirección en distintos sitios (Peces Barba¹⁰⁴; Llompарт Bennàsar¹⁰⁵ y Rodríguez Calero¹⁰⁶ en España; Acuña Llamas¹⁰⁷ en México, Chavero Gazdiek¹⁰⁸ en Venezuela; Nogueira Alcalá¹⁰⁹ en Chile; Abad Yupanqui¹¹⁰ en el Perú) o Motta Navas¹¹¹ en Colombia). Incluso, uno de los principales exponentes de esta posición, como es el caso de Prieto Sanchís, va más allá al sostener que además de un concepto indeterminado, se trataría más bien de un **concepto impredecible**¹¹² (Subrayado nuestro); aserto que repite en otro de sus trabajos¹¹³. Cuando De Asís Roig interpreta a Prieto

⁹⁷ García Soto, Carlos. *La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de España y Venezuela*, Director Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Administrativo. Tesis doctoral (Madrid, Univ. Complutense, 2015), 212. Disponible: <http://eprints.ucm.es/28130/1/T35656.pdf> (enero, 2016).

⁹⁸ Parejo Alfonso, "El contenido esencial, 188.

⁹⁹ Brague Camazano, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales* (Madrid, Ed. Dykinson, 2004), 399-400.

¹⁰⁰ Colina Garea, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución de 1978* (Barcelona, Bosch, 1997), 356.

¹⁰¹ En: (i) Prieto Sanchís, Luis. *El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la CE*, N°2, marzo (España, Anuario de Derechos Humanos, 1983), 397; (ii) Prieto Sanchís, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid, Ed. Debate, 1990), 142

¹⁰² 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), 345 (1-368).

¹⁰³ Rubio Llorente, Francisco, *La Constitución como fuente de Derecho. La forma del poder. Estudios sobre la Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 56.

¹⁰⁴ Peces-Barba M., Gregorio. *Lecciones de Derechos fundamentales*, Colección derechos humanos y filosofía del Derecho (Madrid, Dykinson, 2004), 322.

¹⁰⁵ Llompарт Bennàsar, Magdalena. *El salario: concepto, estructura y cuantía*. Temas, 1ª ed. (Madrid, La Ley, 2007), 62.

¹⁰⁶ Rodríguez Calero, "La garantía del contenido, 30-31,

¹⁰⁷ Acuña Llamas, Francisco J. "El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección", *Derechos fundamentales y Estado*, M. Carbonell (Coord.), serie Doctrina jurídica, 1ª ed., núm.96 México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2002), 46.

¹⁰⁸ Chavero Gazdiek, Rafael. *El nuevo régimen de amparo constitucional en Venezuela* (Caracas, Sherwood, 2001), 174.

¹⁰⁹ Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática*, 106.

¹¹⁰ Abad Yupanqui, Samuel. "Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. Estudio preliminar", *Themis* 21, 1992, 14. Disponible: <file:///C:/Users/VISTA/Downloads/Dialnet-LimitesYRespetoAlContenidoEsencialDeLosDerechosFun-5109908.pdf> (enero, 2015).

¹¹¹ Motta Navas, Álvaro Andrés. "Hacia la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales", N° 110, *Universitas* (jul-dic. 2005), Pontificia Universidad Javeriana, 521 y 539.

¹¹² Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Colección estructuras y procesos, serie Derecho, 2ª ed. (Madrid, Ed. Trotta, 2009), 234.

¹¹³ Prieto Sanchís, Luis, "La garantía de los derechos fundamentales", *La Constitución española de 1978. 20 años de democracia*, Congreso de Diputados (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998), 331.

Sanchís, asume que para éste el problema de la determinación del contenido esencial sigue sin estar resuelto¹¹⁴. Menuda afirmación última.

Para finalizar esta parte de las críticas que se encuentran, resulta que también se objeta a la teoría del contenido esencial que no resolvería los casos de las llamadas *omisiones legislativas*¹¹⁵ (Arango); pues son problemas aún sin resolver *de qué manera y de qué forma* se protegen dichas omisiones, situación que haría inaplicable la teoría del contenido esencial frente las mismas¹¹⁶ (Martínez). A pesar de todas las críticas, si bien el propio Medina Guerrero en varios pasajes de su interesante obra hace mención a la existencia de las diversas *dificultades* que se enfrenta para precisar el contenido esencial¹¹⁷; defiende que las mismas no son argumentos suficientes para desvirtuar dicha teoría¹¹⁸; asunto cuya suma de dificultades no restan su utilidad como igualmente afirma Casal Hernández¹¹⁹.

El conjunto de tantas opiniones autorizadas, junto a la serie de argumentos según los (no pocos) problemas que ha venido presentando la puesta en práctica de la teoría del contenido esencial, permite razonar a modo de conclusión (sumaria) que para la determinación de lo que ha de comprenderse como contenido esencial –frente a lo que no lo es– en cada derecho fundamental, hay que adentrarse en un complicado terreno argumentativo (al cual se arriba por vía de interpretación). Se trata entonces de un contenido “implícito” en cada Constitución¹²⁰, que deberá buscarse en su contexto de valores y principios, en un complejo juego argumentativo.

¹¹⁴ De Asís Roig, Rafael en Análisis crítico de la obra de Luis Prieto Sanchís. “Estudios sobre derechos fundamentales. Bibliografías y notas”, *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé De Las Casas* (1993), Madrid, Univ. Carlos III), 534. Disponible: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1412/DL-1993-I-1-Bibliografia.pdf?sequence=1> (abril, 2014).

¹¹⁵ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 1ª ed (Bogotá, Legis, 2005), 279.

¹¹⁶ Martínez, “Sobre el contenido”, 216.

¹¹⁷ Medina Guerrero. *La vinculación*, 116, 149, 155, 171, 177.

¹¹⁸ Medina, Guerrero. *La vinculación*, 170.

¹¹⁹ Casal Hernández, *Los derechos*, 302.

¹²⁰ Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política* (Madrid, Ed. Reus, S.A., 1985), 110-238.

4.

DE LAS OTRAS SALVAGUARDAS. LA COEXISTENCIA DE OTRAS CATEGORÍAS CONSTITUCIONALES JUNTO A LA DETERMINACIÓN EXPLÍCITA DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES MÍNIMOS

Aunque se diga que el objetivo del contenido esencial es hacer frente a la “debilidad” normativa de la Constitución¹²¹; algunos vaciamientos de la práctica constitucional obligan un análisis más detenido de este asunto. Cuando se intenta resumir las ideas centrales de los autores atrás revisados, partiendo de que uno de sus promotores admite que el contenido esencial constituye *solo* una guía y no un verdadero límite o barrera (Häberle), al estar “implícito” en la Constitución (Lucas Verdú), supone que es el legislador quien lo “propone” (Prieto Sanchís), pero siempre con ayuda de la jurisprudencia (Villavicencio). Entonces, si ha de entenderse como un **contenido esencial implícito** de la Constitución, al no estar en ella misma en forma expresa; *se reduce a lo el órgano deliberativo determina lo que es (su) contenido esencial respecto a determinado derecho fundamental*. La explicación es simple: el contenido esencial no está “enteramente predeterminado por la Constitución¹²²”.

A raíz de ciertos cuestionamientos, entre otras, razones derivadas de la pérdida de la centralidad política (del circuito legislativo-gobierno)¹²³; la crisis de los partidos políticos en la forma de representación¹²⁴; la renovación del principio de separación de poderes¹²⁵ y los retos de la democracia en esa compleja relación poder constituyente y poder constituido; algunos autores con distintos signos e ideologías, han arribado a una interesante –pero controvertida conclusión–: Que es posible –y hasta necesario– encontrar contenidos mínimos de derechos «en» la propia Constitución; y no solo «desde» ella misma. Efectivamente, en este sentido, se consiguen tres distintos enfoques con autores de también diversas posiciones ideológicas (Villaspín Oña –progresista–; Michelsen –conservador– y Rawls –liberal–); que coinciden en que **determinadas materias sociales estén ajenas al debate político y queden previstas «en» las propias Constituciones**. El primero, presenta la tesis de los «contenidos constitucionales implícitos» que se predicen como necesarios y que están allí mismo en la

¹²¹ Balaguer Callejón, “Capacidad creativa, 107.

¹²² Casal Hernández, Jesús M., “Estudio preliminar”, en Márquez Luzardo, Carmen. *Interpretación evolutiva de la constitución y teorías de la interpretación constitucional*, (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello-KAS, 2014), 18.

¹²³ Barcellona, Pietro y Cantaro, Antonio. “El Estado social entre crisis y reestructuración”, en: *Derecho y economía en el Estado social* (Obra Colectiva), J. Corcuera Atienza y M. Á. García Herrera (Edits.), (Madrid, 1988), 59.

¹²⁴ Cárdenas Gracia, Jaime F. *Crisis de legitimidad y democracia interna de los partidos políticos*, (México, Fondo de Cultura Económica, 1992), 226.

¹²⁵ Bonavides, Paulo. *Del estado liberal al estado social*, 11ª ed. (Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2014), 30 y ss.

Constitución (implícitos) sin recurrir a complejas operaciones argumentativas¹²⁶; el segundo, quien a propósito de hacer algunas objeciones a una serie de teorías de Rawls, presenta en *In Pursuit of Constitutional Welfare rights: One view of Rawls's Theory of justice* (1972) la idea de los «contenidos sociales constitucionales expresos»; justificando una relación más íntima entre Constitución y poder judicial en sus lecturas¹²⁷; y, finalmente Rawls; quien en una muestra de madurez académica y política, fue evolucionando en sus teorías partiendo de reconocer como fundadas algunas de las críticas que le objetaban algunos de sus colegas (Michelman, Hart, etc.), pasando de afirmar primeramente que **no se justifica la inclusión de derechos sociales en la Constitución**; hasta llegar a la conclusión contraria –y definitiva- en *Political Liberalism* (1993), cuando armonizando totalmente su teoría de la justicia como equidad con su teoría política de la justicia, admite que existe **un mínimo social que se relaciona claramente con la Constitución**¹²⁸. Es decir, en la existencia de los «contenidos constitucionales expresos»; que es la posibilidad que acá se defiende.

Por el contrario, hay otros autores que niegan toda posibilidad de constitucionalizar contenidos mínimos; en el sentido que no *sería* conveniente que las constituciones contengan derechos (en general) mediante «cláusulas detalladas¹²⁹» (Ferrerres Comellas), basado en la idea que los textos constitucionales no pueden consagrar los derechos en detalle, pues es “tarea de la legislación ordinaria e incluso la normativa reglamentaria¹³⁰” (Rubio Llorente); lo que parece compartir Aparicio al exponer que “las prestaciones estatales que constituyen el fundamento de la categoría del Estado social son algo tan independiente de la Constitución como es la propia capacidad económica no sólo del Estado sino también de la sociedad¹³¹”. Bajo los mismos predicamentos, Lenio Streck –citado por Cruz¹³²- advierte la inconveniencia de insertar en la Constitución ciertos derechos, pero refiriéndose específicamente a los sociales bajo el argumento que “em determinados momentos, dada a conjuntura economica, nao possam ser efetivamente garantidos”. Dicho esto, y sin desconocer tampoco los problemas

¹²⁶ Villaspín Oña, Fernando. “Estado de bienestar y constitución”, *Revista del Centro de estudios Constitucionales*, nro.1 (sept-dic. 1988), Madrid, 125-139.

¹²⁷ Citado por Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, capítulo IV (254-260).

¹²⁸ Citado por Arango, capítulo IV (239-254).

¹²⁹ Ferrerres Comellas, Víctor. “Una defensa de la rigidez constitucional”, *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, 1ª ed. (Barcelona, Gedisa, 2002), 231.

¹³⁰ Rubio Llorente, Francisco. “Constitución y educación”, *Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*, L. Sánchez Ágata (Coord.), Textos de las ponencias presentadas en la mesa redonda celebrada en Madrid, 29 y 30 de junio de 1977, *Revista de Derecho Público, Centro de Estudios y Comunicación económica*, (Madrid, Editoriales de Derecho reunidas, 1977), 105.

¹³¹ Aparicio, Miguel. *Introducción al sistema político y constitucional español*, 1ª ed. (Barcelona, Ed. Ariel, 1980), 87.

¹³² Cruz, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, 2ª ed. (Curitiba, Brasil, Juruá Editora, 2011), 162. Traducción propia: “en ciertos momentos, dada la situación económica, no puedan ser efectivamente garantizados”.

que surgen sobre las implicaciones de constitucionalizar contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales (temas presupuestarios, legitimidad democrática, etc.); es evidente que las omisiones legislativas han dado lugar a un importante activismo (positivo) de la justicia constitucional, que viene a responder a las fallas del sistema que no puede resolver la teoría del contenido esencial; y que han originado la asunción de otras categorías en ese sentido; que antes de competir con aquella, pretenden complementar dicho sistema de derechos sociales prestacionales.

Por ende, la categoría del contenido esencial no es una categoría completa que se valga por sí misma para operar el sistema. Hay otras categorías que vienen a formar parte de aquella desde distintos planos (externo e interno). Desde el plano externo, se alude (también) a la existencia del «contenido esencial» en el ámbito internacional de los derechos humanos, que es distinto al «contenido esencial» en el plano interno. En el seno de las Naciones Unidas se asume el criterio que deberían existir unos «contenidos mínimos esenciales» para todo Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; que ha de ser entendida como la obligación estatal de hacer todo su máximo esfuerzo en procura de unos estándares mínimos. Obsérvese pues la diferencia, pues como apunta Casal Hernández, en esta materia “la noción del contenido esencial no va dirigida, como de costumbre, a fijar barreras a una intervención legislativa restrictiva de alguna libertad, sino a obligar al Estado a lograr un nivel mínimo de efectivo disfrute de la población de derechos generalmente prestacionales¹³³”. Desde el plano interno, reviste importancia la teoría del derecho fundamental al mínimo vital; categoría que también tiene su origen en derecho público alemán, precisamente para llenar los vacíos legislativos; que parte de la idea que los derechos sociales y económicos son capaces de “proporcionar a su titular unas condiciones materiales de existencia mínimamente digna¹³⁴”. De este modo, es el poder judicial quien -con auxilio de la doctrina- “crea” esta categoría; correspondiendo al poder legislativo la tarea de determinar el quantum para tal establecimiento del mínimo vital de cada derecho.

¹³³ Casal Hernández. *Los derechos*, 286.

¹³⁴ Wunder Hachem, Daniel. “Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas”, nro.1, vol.1 *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo* (2014), Santa Fe-Argentina, 100. Disponible: [file:///C:/Users/Michelle/Downloads/4609-11814-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Michelle/Downloads/4609-11814-1-PB%20(2).pdf) (marzo, 2015).

5.

A MODO DE CONCLUSIONES (NUNCA COMPLETAS)

Desde el conjunto de las distintas objeciones que se formulan a la teoría del contenido esencial (por su indeterminación/vaguedad; por ser un concepto jurídico indeterminado; por no resolver las omisiones legislativas; por dejar por fuera otros derechos sociales no fundamentales; por razón de sus dificultades, etc.), se llega a concluir que *el contenido esencial no puede responder solo frente a la determinación de los límites “internos” en los derechos fundamentales sociales. Es conveniente que se busquen otras salvaguardas.* La colaboración que debe existir entre el contenido esencial en DDHH y el contenido esencial en lo interno de cada país; debe acercarnos más a unos difíciles estándares universales. Asimismo, que la coexistencia del «contenido esencial» con el llamado «contenido o derecho al mínimo vital», implica no una competencia de teorías; sino una auténtica complementación, ya que la primera sirve (mejor) en materia de las intervenciones (acciones) legislativas y la segunda en cuanto a lo que deja de actuar o hacer (omisiones). Sin embargo, ambas funcionarían *mejor* en presencia de Constituciones con contenidos mínimamente exigibles (carácter normativo), que sirvan de base -más que de guía- al poder judicial para responder a los diversos usuarios y actores del sistema. Allí apuntan nuestras ideas finales.

De manera que para la materialización de todas estas categorías; no sin los problemas de legitimación, debe contarse con una justicia constitucional constructiva; pero teniendo como referente (y no simple marco), ya no solo la Constitución en sus «contenidos “implícitos” de derechos» (Villaspín Oña); sino partiendo de la base de «contenidos mínimos expresos de derechos fundamentales» que es bien distinto al contenido esencial que “establece” el legislador¹³⁵ para cada derecho (Petit Guerra), y así evitar las complejas operaciones argumentativas en pro de establecer qué ha de entenderse como contenidos mínimos prestacionales de derechos sociales fundamentales. Al sumirse que la Constitución está en la base de todo el ordenamiento jurídico positivo¹³⁶; debería seguirse otro tipo de diálogo entre legislador ordinario y legislador constituyente (distinto de la forma tradicional en que se vienen haciendo las cosas donde se confía “demasiado” en la racionalidad política del legislador). Porque dejarle al legislador democrático la facultad de distinguir (también) lo que

¹³⁵ Petit Guerra, Luis Alberto. “El Estado social. Los contenidos mínimos constitucionales”, *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer Carías*, nro.32, Universidad Católica Andrés Bello, Funeda (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015), 231.

¹³⁶ Gelsi Bidart, Adolfo. *De Derechos, Deberes y Garantías del Hombre común* (Ed. B de F, Montevideo, 2006), 164.

él crea serían los contenidos “constitucionales” mínimos; puede resultar como menos paradójico –y hasta contradictorio– con la propia Constitución. Que una cosa sea aceptar como se ha venido haciendo, que ya no solo que pueda «desarrollar» los contenidos; sino además que pueda «distinguir» su base mínima (en vez de establecerlo la propia Constitución). A la interrogante *¿será que el propio Constituyente no puede «distinguir» esos mínimos en vez del legislador?*, se responde afirmativamente; al convenir con Prieto Sanchís que “resultaría en verdad sorprendente que el sujeto sometido a una obligación [el legislador] pudiera redefinir los términos de la misma¹³⁷”.

Los argumentos que se sostienen en permitirle al legislador determinar los contenidos mínimos de derechos “constitucionales”, sustentado en los principios de democracia y división de poderes, tropiezan al conseguir que también la justicia constitucional puede “interpretar” si determinado contenido mínimo (esencial) fuere o no afectado por aquel. Bidart Campos ayuda a conseguir respuestas en este debate al sostener que la acción legislativa, incluso su omisión, estaría justificada en términos de la división competencial de los poderes; pero no ante la Constitución normativa que provea derechos sociales; **frente los inconvenientes de dicho poder legislativo ante normas constitucionales completas**¹³⁸. Al parecer, las normas constitucionales “completas” limitan el accionar de aquel. Es evidente que los contenidos de los derechos siempre conflictivos, lo son más en la medida que se intenta definir los *límites internos* frente a su mayor extensión o límites expansivos o externos. Que la Constitución *prefigura* y el legislador *configura*¹³⁹, constituye una afirmación paradójica pues, aunque existen límites internos de derechos en los supuestos de delimitación propiamente constitucional¹⁴⁰; es el legislador quien “descubre” dichos límites (en vez de la Constitución propiamente dicha).

En nuestra propuesta, el legislador ordinario podría bien actualizar derechos fundamentales (en sus límites externos), pero solo después que el legislador constituyente fije las pautas o bases mínimas expresas (por ej. una plaza o cupo en el derecho fundamental a la educación gratuita; un monto acorde con la dignidad humana en la fijación del salario mínimo –o vital– en el derecho fundamental al trabajo; el establecimiento de un tiempo perentorio “mínimo” para que la Administración pública honre el pago de los conceptos

¹³⁷ Prieto Sanchís, Luis. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, M. Carbonell (Comp.), 1ª ed. (México, Comisión nacional de los Derechos Humanos, 2002), 137-138.

¹³⁸ Bidart Campos, Germán J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.118, (Ed. Ediar, México, DF, 2003), 244-246.

¹³⁹ Cruz Villalón, Pedro. *Derechos fundamentales y legislación*, en: Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio De Otto, U. Gómez Álvarez (Coord.), Servicio de Publicaciones, (Universidad de Oviedo, España, 1993), 420.

¹⁴⁰ Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática*, 247.

laborales al finalizar la relación laboral correspondiente en el derecho a la seguridad social; etc.). Así se evitarían los complejos problemas advertidos atrás en la aplicación de la teoría del contenido esencial, **evitando que el legislador pueda *distinguir* un núcleo que debería ser “constitucional”**.

El contenido esencial no puede predicarse solo y sin problema, requiere ajustes y otras salvaguardas. Se ha puesto en evidencia la necesidad de conjugarse con las otras categorías mencionadas («contenido esencial de los derechos humanos», «del contenido mínimo expreso constitucional» y «del derecho al mínimo vital»), porque entre todas dan respuestas más completas a un **sistema** (de determinación de contenidos) que luce cada vez más complejo. Este debate apenas comienza.

Para citar este artículo: Petit Guerra, Luis A., La categoría del «contenido esencial» para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación, *Revista de Derecho*, 15 (I, 2017), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 215-242.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Yupanqui, Samuel. “Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales”. Estudio preliminar, *Themis* 21, 1992, 14 (7-15). Disponible: file:///C:/Users/VISTA/Downloads/Dialnet-LimitesYRespetoAlContenidoEsencialDeLosDerechosFun-5109908.pdf (enero, 2015)
- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social*, (Buenos Aires, Ed. Estudios del Puerto, 2006)
- Acuña Llamas, Francisco J. “El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección”, *Derechos fundamentales y Estado*, M. Carbonell (Coord.), serie Doctrina jurídica, 1ª ed., núm.96 (México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2002), 29-57.
- Aparicio, Miguel. *Introducción al sistema político y constitucional español*, 1ª ed. (Barcelona, Ed. Ariel, 1980).

- Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 1ª ed., Universidad Nacional de Colombia (Bogotá, Ed. Legis, 2005), 279.
- Balaguer Callejón, Francisco. “Capacidad creativa y límites del legislador en relación a los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos”, *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre Derechos constitucionales y estado autonómico, Estudios constitucionales y políticos*, M. Á. Aparicio (Coord.), (Barcelona, Cedecs Ed., 2001), 93-116.
- Barcellona, Pietro y Cantaro, Antonio, “El Estado social entre crisis y reestructuración”, *Derecho y economía en el Estado social* (Obra Colectiva), J. Corcuera Atienza y M. Á. García Herrera (Edits.), (Madrid, 1988), 49-70.
- Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2005). Disponible: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24748.pdf> (jun., 2016)
- Bidart Campos, Germán J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.118, (México, Ed. Ediar, DF, 2003).
- Bonavides, Paulo. *Del estado liberal al estado social*, 11ª ed. (Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2014).
- Brague Camazano, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales* (Madrid, Ed. Dykinson, 2004).
- Cárdenas Gracia, Jaime F. *Crisis de legitimidad y democracia interna de los partidos políticos* (México, Fondo de Cultura Económica, 1992).
- Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. 1ª ed. (Caracas, Ed. Legis, 2010).
- Casal, Jesús M., “Estudio preliminar”, en Márquez Luzardo, Carmen. *Interpretación evolutiva de la constitución y teorías de la interpretación constitucional* (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello-KAS, 2014).
- Castillo-Córdova, Luis. *Comentarios al código procesal constitucional*, tomo I, Título preliminar y disposiciones generales, 2ª ed. (Perú, Ed. Palestra, 2006).
- Castillo-Córdova, Luis. “*Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales*”, Facultad de derecho área departamental de derecho (Perú, Universidad de Piura, 2002). Disponible: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1895/Acerca_garantia_contenido_esencial_doble_dimension_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1.

- Chavero Gazdiek, Rafael. *El nuevo régimen de amparo constitucional en Venezuela* (Caracas, Sherwood, 2001).
- Colina Garea, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución de 1978* (Barcelona, Bosch, 1997).
- Cossio, José R. *Estado social y derechos de prestación* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989).
- Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión prestacional*, nro.221. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012).
- Cruz Villalón, Pedro. “Derechos fundamentales y legislación”, *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio De Otto*, U. Gómez Álvarez (Coord.), Servicio de Publicaciones (Oviedo, Universidad de Oviedo, 1993), 407-424.
- Cruz Villalón, Pedro. “Formación y evolución de los Derechos fundamentales”, *Revista Española de derecho constitucional*, año 9, núm.25 (ene-abr. 1989), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (1-28).
- Cruz, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, 2ª ed. (Curitiba, Brasil, Juruá Editora, 2011).
- De Asís Roig, Rafael, en “Análisis crítico de la obra de Luis Prieto Sanchís”. *Estudios sobre derechos fundamentales. Bibliografías y notas, Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé De Las Casas* (Madrid, Universidad Carlos III, 1993), 525-539. Disponible: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1412/DL-1993-I-1-Bibliografia.pdf?sequence=1> (abril, 2014)
- Díez-Picazo, Luis María. “La idea de derechos fundamentales en la constitución española”, *Constitución y constitucionalismo hoy, Cincuentenario del derecho constitucional comparado de M. García Pelayo* (Caracas, Ed. Ex Libris, 2000), 391-400.
- Durán Rivera, Willman R. “Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas*, (México, UNAM, 2003), 283-290. Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr15.pdf> (noviembre, 2014).
- Fernández Segado, Francisco, “Presentación y Estudio Preliminar”, en Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Trad. Joaquín Brage Camazano (Madrid, Ed. Dykinson, 2003).
- Ferreres Comellas, Víctor. “Una defensa de la rigidez constitucional”, *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, 1ª ed. (Barcelona, Gedisa, 2002).

- Figuroa Gutarra, Edwin. *¿Límites a la justicia constitucional?*, (Perú, 2011). Disponible: <https://edwinfiguroag.wordpress.com/%C2%BFlimites-a-la-justicia-constitucional/> (enero, 2014).
- Figuroa Gutarra, Edwin. “Contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental: reglas para su determinación”, Nro. 78, *Gaceta Constitucional* (junio 2014), 21-26. Disponible: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/sumario-GC.pdf> (junio, 2016).
- García Soto, Carlos. *La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de España y Venezuela*, Director Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Administrativo. Tesis doctoral (Madrid, Universidad Complutense, 2015), 212. Disponible: <http://eprints.ucm.es/28130/1/T35656.pdf> (enero, 2016).
- 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).
- Gelsi Bidart, Adolfo. *De Derechos, Deberes y Garantías del Hombre común*, (Montevideo, Ed. B de F, 2006).
- Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos* (Buenos Aires, Ediar, 2005).
- Heuko Guilherme, Ramon. “A efetividade e atuação judicial na promoção dos direitos sociais prestacionais”, *Direitos Fundamentais da pessoa humana. Um diálogo Latino-americano*, cap. II (Curitiba, Brasil, Editora Alteridade, 2012), 357-379.
- Indacochea Prevost, Úrsula. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC”, J. Avendaño Valdés, J. Santistevan de Noriega y V. García Toma (Coords.), nro.8, *Revista Gaceta Constitucional* (agosto 2008), 53-66.
- Jiménez Campo, Javier. “El legislador de los derechos fundamentales”, *Estudios de Derecho público homenaje a Ignacio De Otto* (Oviedo, Universidad de Oviedo, 1993), 473-510.
- Linares Benzo, Gustavo. “Actos normativos inconstitucionales por contrarios a los derechos fundamentales”, *Constitución & reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho* (Caracas, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, 1991), 193-252.
- Llompарт Bennàsar, Magdalena. *El salario: concepto, estructura y cuantía*. Temas, 1ª ed. (Madrid, Ed. La Ley, 2007).

- López Alarcón, Mariano. “Contenido esencial del derecho a la libertad religiosa”, *Anales del derecho*, nro.15, (1997), Universidad de Murcia, 25-39. Disponible: [file:///C:/Users/Michelle/Downloads/81411-334311-1-PB%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/Michelle/Downloads/81411-334311-1-PB%20(5).pdf) (enero, 2107).
- López Sánchez, Rogelio. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. Un instrumento para asignar contenido esencial a los Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Tesis doctoral (México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2014), 186. Disponible: <http://eprints.uanl.mx/3947/1/1080253612.pdf> (sept., 2015).
- Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena. “El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Nro.13 (España, Universidad de La Laguna, 1996), 42 (41-76).
- Lothar, Michael. “¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?”, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, año 6, nro.11, (ene-jun. 2009), Redce, 165-187. Disponible: http://www.ugr.es/~redce/REDCE11pdf/06_LOTHAR%20MICHAEL.pdf (febrero, 2015).
- Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política* (Madrid, Ed. Reus, S.A., 1985).
- Martín Huertas, María A. “El contenido esencial de los derechos fundamentales”, *Revista de las Cortes Generales* N° 75 (2008) Madrid, Congreso de los Diputados, 105-190.
- Martínez, María Salvador. “Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales”, *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Estudios constitucionales y políticos*, M. A. Aparicio (Coord.), (Barcelona, Ed. Cedecs, 2001), 199-218.
- Martínez-Pujalte, Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, nro.65 (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997).
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo [y] De Otto y Pardo, Ignacio. *Derechos fundamentales y constitución* (Ed. Civitas, Madrid, 1988).
- Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*, (Madrid, McGraw-Hill, 1996).
- Motta Navas, Álvaro Andrés. “Hacia la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales”, N° 110 (jul-dic. 2005) *Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, 519-542.

- Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Serie doctrina jurídica, núm. 156, 1ª. ed. (Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, México), 2003). Disponible: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1094/13.pdf> (marzo, 2014).
- Obando Blanco, Víctor R. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Serie Derechos y Garantías, Nro.1, 2ª ed. (Lima, Palestra Editores, 2002).
- Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social y crisis económica* (Madrid, Ed. Complutense, 1996).
- Parejo Alfonso, Luciano. “El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, N.3, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (1981), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Parra Cortés, Lina V. *Contenido Mínimo de los derechos humanos y Neoconstitucionalismo. El caso del derecho al trabajo*. Tesis de Magíster (Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2010). Disponible: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2499/1/T0963-MDE-Parra-Contenido%20m%C3%ADnimo.pdf> (marzo, 2015)
- Peces-Barba M., Gregorio. *Lecciones de Derechos fundamentales*, Colección derechos humanos y filosofía del Derecho (Madrid, Ed. Dykinson, 2004).
- Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución*, 10ª ed., (Madrid, Ed. Tecnos, 2010).
- Pérez Luño, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Temas clave de la Constitución española, 8ª ed. (Madrid, Ed. Tecnos, 2004).
- Petit Guerra, Luis Alberto. “El derecho legislativo y el derecho judicial en el sistema de fuentes y el control democrático”, *Direitos Fundamentais da pessoa humana. Um diálogo Latino-americano*, cap. II (Curitiba, Editora Alteridade, 2012), 531-549.
- Petit Guerra, Luis Alberto, “*El Estado social. Los contenidos mínimos constitucionales*”, *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer Carías*, nro.32, Universidad Católica Andrés Bello, Funeda (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015).
- Prieto Sanchís, Luis. “El sistema de protección de los derechos fundamentales”: El artículo 53 de la CE”, N°2, *Anuario de Derechos Humanos* (marzo 1983).
- Prieto Sanchís, Luis. “La garantía de los derechos fundamentales”, *La Constitución española de 1978. 20 años de democracia*, Congreso de Diputados (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998), 327-342.
- Prieto Sanchís, Luis. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, M.

- Carbonell (Comp.), 1ª ed. (México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002), 137-178.
- Prieto Sanchís, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid, Ed. Debate, 1990).
- Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, colección estructuras y procesos, serie Derecho, 2ª ed. (Madrid, Trotta, 2009).
- Risso Ferrand, Martín. *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, 2ª ed., (Montevideo, Fundación de Cultura universitaria, 2011).
- Rodríguez Calero, Juan Manuel. “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español”, vol. 9, núm. 1, *Revista Frónesis* (2002), Venezuela, Universidad del Zulia, 29-56. Disponible: <http://www.produccioncientifica.luz.edu.ve/index.php/fronesis/article/viewFile/16469/16442> (enero, 2015).
- Rondón García, Andrea. “Propiedad privada y derechos fundamentales. Nuevamente el caso de promociones Terra Cardón C.A. sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia”, *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo, Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas* (Caracas, Edit. Funeda, 2010), 193-211.
- Rubio Llorente, Francisco. “Constitución y educación”, *Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*, L. Sánchez Agesta (Coord.), Textos de las ponencias presentadas en la mesa redonda celebrada en Madrid, 29 y 30 de junio de 1977, *Revista de Derecho Público*, Centro de Estudios y Comunicación económica (Madrid, Editoriales de Derecho reunidas, 1977).
- Rubio Llorente, Francisco. *La Constitución como fuente de Derecho. La forma del poder. Estudios sobre la Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997).
- Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. marzo, 2007, p.112. Disponible: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/12.pdf> (México, UNAM, 2014).
- Stern, Klaus. “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nro.1 (1998), 261-277.
- Varas, Paulino y Mohor, Salvador. “Acerca de la esencia de los derechos constitucionales y de su libre ejercicio que consagra el artículo 19 n° 26 de la constitución política”, *XVIII Revista de Derecho de la Universidad Valparaíso* (1997), 157-166. Disponible: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/363/338> (marzo, 2015).
- Villaspín Oña, Fernando. “Estado de bienestar y constitución”, *Revista del Centro de estudios Constitucionales*, Núm.1 (sept-dic. (1988), 125-139.

- Villavicencio, Vicente. “Algunos lineamientos de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, *Revista Derecho y sociedad*, Año 2 (abril 2001), Universidad Monteávila, 253-283.
- Von Bernstorff, Jochen. “Protección del contenido esencial de los derechos humanos”, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615 (México, UNAM, 2011), 151-180.
- Wunder Hachem, Daniel. “Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas”, nro.1, vol.1 *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo* (2014) Santa Fe de Buenos Aires, 93-138. Disponible: [file:///C:/Users/Michelle/Downloads/4609-11814-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Michelle/Downloads/4609-11814-1-PB%20(2).pdf) (marzo, 2015).