

Justicia Constitucional

Revista de Jurisprudencia y Doctrina

Año I - N.º 2 - agosto - diciembre, Lima, 2005
Publicación semestral

Director:
César Landa

Secretario:
Jorge León

Comité de Redacción:
Elena Alvites
Claudia Del Pozo
Pedro Grández
Luis Huerta
Betzabé Marciani
Mijail Mendoza
Victorhugo Montoya
Roger Rodríguez
Daniel Soria
Arelí Valencia



Correspondencia a:
Calle Salaverry 187 Lima 18
palestra@palestraeditores.com

Justicia Constitucional
Revista de Jurisprudencia y Doctrina

Año I, N° 2, Agosto - Diciembre, 2005

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de su autor.

© Copyright 2006 : PALESTRA EDITORES S.A.C.
Calle Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telf. (511) 426-1363 / Telefax: (511) 427-1025
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

HECHO EL DEPÓSITO QUE ORDENA LA LEY
Cert N.º 2005-6734

N° de registro del Proyecto Editorial: 31501010600093



Motivo de Revista:
Motivo mágico religioso Recuay. Combinación de aves con signos escalonados alusivos a la tierra.

Motivo de Carátula:
Inspirada en la línea de Nazca «El Colibrí», por IVÁN ALEMÁN RÍOS

Índice

Presentación 7

Jurisprudencia Temática. Análisis y Comentarios

Sentencia Caso Anicama (STC. Exp. N.º 1417-2005-AA/TC) 15

Sentencia Caso Baylón (STC. Exp. N.º 0206-2005-AA/TC) 37

«El contenido de los derechos fundamentales como un concepto abierto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» 47
Carlos Hakansson Nieto

«Amparo y Residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5º. 2 del Código Procesal Constitucional» 61
Roger Rodríguez Santander

«El Amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser» 101
Luis Castillo Córdova

Doctrina Constitucional Comparada

«Relaciones Tribunal Constitucional - Tribunal Supremo» 139
Manuel Aragón Reyes

«El Recurso de Amparo en el Ordenamiento Español» 149
Pablo Pérez Tremps

«El mínimo vital: líneas jurisprudenciales y teoría de los derechos sociales desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana» 163
Jheison Torres Ávila

«Una visión panorámica del recurso constitucional de amparo en Eslovenia, Hungría, Polonia y Rusia» 185
Joaquín Brage Camazano

«Modelos» de justicia constitucional y defensa de los derechos. Un ensayo preliminar para una nueva clasificación 201
Silvia Bagni

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Resumen de las sentencias en materia de procesos de amparo (Semestre: agosto - diciembre, 2005) 225

Resumen de las sentencias de procesos de inconstitucionalidad (Semestre: agosto - diciembre, 2005) 255

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA

Sentencia del Tribunal Federal Alemán. Dignidad y vigilancia acústica 269

Sentencia del Tribunal Constitucional Español. Recurso de amparo N.º 3468-1997. Derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto 311

DOCUMENTOS CONSTITUCIONALES

Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán-Argentina (Ley N.º 6.944, de 08 de marzo de 1999) 349

Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (Ley N.º 7135 de 11 de octubre de 1989) 379

ENTREVISTAS

Entrevista a Artur Maurício, Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal 409

Entrevista a Néstor Pedro Sagüés 417

REVISTA DE REVISTAS

A. AMÉRICA

Cuestiones Constitucionales (México) 423

Pensamiento Constitucional (Perú) 424

B. EUROPA

Teoría y Realidad (España) 425

Jahrbuch des öffentlichen Rechts. Neue Folge 428

Der Staat (Alemania) 429

Archiv des öffentlichen Rechts (Alemania) 430

Revue française de droit constitutionnel (Francia) 431

Quaderni costituzionali (Italia) 432

Presentación

A un año de vigencia del Código Procesal Constitucional (CPC), es posible afirmar que sus disposiciones han adquirido vida con el desarrollo, a través de la integración e interpretación, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC). Pero lo cierto es también que, durante este periodo de vigencia, la interpretación y aplicación de algunas disposiciones del nuevo CPC, por parte del TC, no ha estado exenta de críticas. Muestra de ello es la modificación por el Congreso del artículo 5°-8 del CPC, *so pretexto* de su colisión con los artículos 142° y 181° de la Constitución, claro está desde la perspectiva de una interpretación literal, propia del positivismo formalista.

Dicha reforma legal supone el desconocimiento de principios constitucionales esenciales para todo Estado constitucional, cual es el de la fuerza normativa de la Constitución y el de la supremacía jurídica de la Constitución, según lo establece el artículo 45° y 51° de nuestra Ley Fundamental. Por ello, se debe decir que el artículo 5°-8 del CPC cuestionado se funda, básicamente, en el principio constitucional de supremacía de la Constitución y en el de control del poder de toda autoridad en base a la Constitución y a la ley.

En un Estado constitucional no existen –ni pueden existir– poderes constituidos ni órganos constitucionales exentos de control constitucional. Esta exigencia, que se deriva del principio de supremacía constitucional, comporta la posibilidad, en principio, de que los actos de los poderes del Estado y de la administración puedan ser sometidas a control constitucional. En el caso concreto del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), si bien es cierto que la Constitución le reconoce un ámbito de autonomía e independencia –como a otros organismos autónomos–, ello no quiere decir que dicho organismo sea un ente autárquico y, por ende, exento de cualquier limitación o control constitucional.

Es en este contexto en el que debe ser interpretado el artículo 142° de la Constitución, es decir, establece una excepción limitada para el Poder Judicial en su función ordinaria de control judicial de los actos administrativos, pero no para el TC, en la medida que la Constitución reconoce a éste como el órgano de control de la Constitución (art. 201°) y de la constitucionalidad (art. 1° de la Ley Orgánica del TC).

En efecto, aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Constitución, se establece que no es posible la revisión judicial de las resoluciones del JNE, y que tal organismo constituye la última instancia en materia electoral, ello sólo puede considerarse como constitucionalmente legítimo en tanto el ejercicio de la funciones se hayan realizado respetando los principios constitucionales de justicia e igualdad, así como los derechos fundamentales de las personas. De ahí que sea constitucionalmente posible, y en ocasiones necesario, el control constitucional de las resoluciones del JNE.

Ello no quiere decir que el TC pueda revisar todas las resoluciones del JNE, sino sólo aquellas resoluciones denegatorias de tutela de los derechos políticos, protegidos por el artículo 32° *in fine* de la Constitución. Esto nos permite señalar, además, que el TC examina las resoluciones del JNE cuando esté de por medio la vulneración de un derecho político directamente afectado o que esté referido a aspectos constitucionalmente protegidos del mismo (artículo 200°-2 de la Constitución y 38° del CPC) y si no existe una vía igualmente satisfactoria (artículo 5°-2 del CPC).

De otro lado, la necesidad del control de las resoluciones del JNE se funda en el derecho fundamental de las personas a la tutela procesal efectiva, en tanto manifestación adjetiva de los derechos políticos. Ello por cuanto que, *prima facie*, toda resolución judicial es revisable en virtud del artículo 139°-3 de la Constitución, por lo que lo establecido en su artículo 181° –es decir, la irrevisabilidad de las resoluciones del JNE–, se debe entender como la cosa juzgada constitucional, que es la que otorga seguridad jurídica y predictibilidad a los ciudadanos.

En este sentido, el control del TC sobre las resoluciones del JNE no es un control amplio –es decir, cualquier asunto electoral–; lo cual garantiza que, frente a un eventual ejercicio arbitrario e irregular por parte del JNE proceda el control constitucional cuando se afectan derechos políticos. Más aún, esta posición del TC no debe causar extrañeza si se considera que, si bien el JNE es el órgano de control de la legalidad en materia electoral (artículo 178° de la Constitución), ello no lo exime de observar, primordialmente, la Constitución.

En ese sentido, al TC le corresponde, subsidiariamente, ser el guardián de la constitucionalidad en materia electoral en caso de incumplimiento de los derechos fundamentales o del principio de supremacía jurídica de la Constitución (artículo II del CPC). Precisamente, por ser el TC el que cautela la constitucionalidad en materia electoral, resuelve también los conflictos de competencia entre el JNE y los demás organismos electorales, de acuerdo con el artículo 200°-3 de la Constitución y del artículo 109°-3 del CPC.

En consecuencia, es posible afirmar que no existe contradicción entre los artículos 142° y 181° de la Constitución y el artículo 5°-8 del Código Procesal Constitucional, toda vez que –como se ha señalado– en un Estado constitucional democrático no existen poderes constituidos ni órganos constitucionales exentos de control constitucional; de ahí que si bien la Constitución reconoce autonomía e independencia al JNE, ello no quiere decir que sus funciones se realicen autárquicamente y al margen de los límites que la Constitución impone. Más aún, cuando las resoluciones del JNE pueden afectar derechos fundamentales de las personas como la tutela procesal efectiva.

*
* *

El segundo número de *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, está dedicado al estudio del proceso constitucional de amparo, tanto desde la perspectiva del análisis de la jurisprudencia del TC así como del punto de vista del Derecho constitucional comparado. Lo cual responde, por un lado, a la novedosa regulación que ha venido a introducir el CPC esencialmente a través del artículo 5°-2; de otro lado, al debate académico que se ha generado en torno a este tema. En ese sentido, en la sección *Jurisprudencia Temática. Análisis y Comentarios*, se recogen dos sentencias relevantes del TC –Caso Anicama y Caso Baylón–. A esta jurisprudencia acompaña el estudio de Carlos Hakansson Nieto (Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura) sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del mismo modo, Luis Castillo Córdova (Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura) y Roger Rodríguez Santander (Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional) dedican sendos estudios críticos al tema de la residualidad del proceso constitucional de amparo.

En la sección *Doctrina Constitucional Comparada*, Manuel Aragón Reyes (Magistrado del Tribunal Constitucional español y Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Madrid) analiza el tema de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en España. Pablo Pérez Tremps (Magistrado del Tribunal Constitucional español y Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid) nos ofrece un estudio sobre el recurso de amparo en el ordenamiento español.

Asimismo, Joaquín Brage Camazano (Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid) nos ofrece una visión panorámica del recurso constitucional de amparo en algunos países de Europa del Este, tales como Eslovenia, Hungría, Polonia y Rusia. Jheison Torres Ávila (Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante y profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Santo Tomás - Bogota) dedica un estudio, desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y desde la teoría de los derechos sociales, del «mínimo vital». Cierra esta sección, Silvia Bagni con una reflexión en torno a los «modelos» de justicia constitucional y defensa de los derechos, realizando un ensayo preliminar para una nueva clasificación de los mismos.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es la sección que en el presente número incorpora un resumen de las sentencias más relevantes del supremo intérprete de la Constitución, emitidas en el segundo semestre del año 2005, sobre los procesos constitucionales de amparo y los procesos de inconstitucionalidad. En la medida que, cada vez más, es frecuente encontrar en las sentencias de nuestro TC la referencia a la jurisprudencia de otras cortes y tribunales constitucionales, en esta oportunidad la sección *Jurisprudencia Constitucional Comparada* está compuesta por una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la dignidad de la persona humana y la vigilancia acústica, y por otra sentencia del Tribunal Constitucional español en relación con el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto.

En esta misma línea comparatista, en *Documentos Constitucionales* se ha considerado pertinente dar cuenta del Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán (Argentina) y de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica. Asimismo, Artur Maurício (Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal) y Néstor Pedro Sagüés (Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad del Rosario, Argentina) nos brindan, en la sección *Entrevistas*, sus opiniones sobre el avance y afianzamiento de la jurisdicción constitucional comparada en la actualidad, a través de sendos diálogos con el Director de la Revista.

Finalmente, *Revista de Revistas* nos proporciona los sumarios de los últimos números, por América, de las revistas *Pensamiento Constitucional* (Perú) y *Cuestiones Constitucionales* (México). Del mismo modo, por Europa, se recogen los sumarios de *Teoría y Realidad Constitucional* (España), *Annuaire international de justice constitutionnelle* y *Revue française de droit constitutionnel* (Francia), *Quaderni costituzionali* (Italia), y *Jahrbuch des öffentlichen Rechts. Neue Folge*, *Archiv des öffentlichen Rechts* y *Der Staat* (Alemania).

*
* *

No queremos finalizar esta Presentación sin antes expresar, por un lado, nuestro agradecimiento a los diversos autores que colaboran en este segundo número de *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina*; y, de otro, nuestra esperanza de contribuir, a través de la difusión de la jurisprudencia y de la doctrina constitucional, al fortalecimiento de nuestro Estado democrático a través de la justicia constitucional.

Lima, diciembre de 2005.

CÉSAR LANDA
Director



Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año I - N.º 2 - agosto - diciembre, Lima, 2005

Jurisprudencia Temática

Análisis y comentarios

- STC/Exp. N° 1417-2005-AA/TC.
  Sentencia Caso Anicama

- STC/Exp. N° 0206-2005-PA/TC.
  Sentencia Caso Baylón

Comentarios

- Carlos Hakansson Nieto
  «El contenido de los derechos fundamentales como un concepto abierto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional»

- Roger Rodríguez Santander
  «Amparo y Residualidad. Las interpretaciones (Subjetiva y Objetiva) del artículo 5°-2 del Código Procesal Constitucional»

- Luis Castillo Córdova
  «El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser»

Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 1417-2005-AA/TC

(Lima, 08 de julio de 2005)

EXP. N.° 1417-2005-AA/TC
MANUEL ANICAMA HERNÁNDEZ
LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes julio de 2005, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Manuel Anicama Hernández, contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 148, su fecha 6 de octubre de 2004, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de mayo de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 2 de agosto de 2002, por considerar que vulnera su derecho fundamental a la pensión, toda vez que resolvió denegar su solicitud de pensión de jubilación adelantada.

Manifiesta que cesó en sus actividades laborales el 25 de mayo de 1992 contando con más de 20 años de aportaciones, luego de que la autoridad Administrativa de Trabajo autorizó a su empresa empleadora a reducir personal; sin embargo, al calificar su solicitud de pensión de jubilación, la entidad demandada consideró que las aportaciones efectuadas durante los años 1964 y 1965 habían perdido validez conforme al Reglamento de la Ley N.º 13640, por lo que, incluso si realizara la verificación de las aportaciones efectuadas desde 1973 a 1992 no reuniría los 20 años de aportación al Sistema Nacional de Pensiones que se requieren como mínimo para obtener el derecho a la pensión de jubilación por reducción de personal. Agrega que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que los períodos de aportación no pierden validez, y que sumados sus períodos de aportaciones, acredita los exigidos por la legislación vigente, razón por la que solicita el reconocimiento de su derecho a la pensión, así como los devengados e intereses generados desde la vulneración de su derecho fundamental.

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

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

La recurrida reformó la apelada declarándola improcedente, por estimar que es necesario que la pretensión se ventile en la vía judicial ordinaria, toda vez que el proceso de amparo carece de estación probatoria.

FUNDAMENTOS

1. El inciso 2) del artículo 200º de la Constitución, establece que el proceso de amparo procede contra el acto u omisión, por parte de cualquier persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, distintos de aquellos protegidos por el hábeas corpus (libertad individual y derechos conexos) y el hábeas data (acceso a la información y autodeterminación informativa). En tal sentido, es presupuesto para la procedencia del proceso de amparo (y en general, de cualquier proceso constitucional) que el derecho que se alegue afectado sea uno reconocido directamente por la Constitución.

§1. Los derechos fundamentales de la persona humana

2. El concepto de derechos fundamentales comprende

> «tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.» (Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General.* Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37).

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución).

3. Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado «Derechos Fundamentales de la Persona», además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1º) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2º, prevé en su artículo 3º que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III),

> «ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

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

5. Así, por ejemplo, con relación al derecho a la verdad el Tribunal Constitucional ha sostenido que

> «nuestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3º, una `enumeración abierta´ de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno.
>
> Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado (...) de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. (...) [E]l Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.
>
> El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentran comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al telos que con su reconocimiento se persigue alcanzar» (STC 2488-2002-HC/TC, Fundamentos 13 a 15).

Consecuentemente, expresos o implícitos, los derechos fundamentales pertenecen al ordenamiento constitucional vigente.

6. Por su parte, los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para

> «designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales» (Pérez Luño, Antonio. Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución. 4ta. ed. Madrid: Tecnos, 1991, p 31)

7. A lo cual cabe agregar que, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, deben ser interpretados de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

§2. Proceso de amparo y derechos fundamentales

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

Este presupuesto procesal, consustancial a la naturaleza de todo proceso constitucional, ha sido advertido por el legislador del Código Procesal Constitucional (CPConst.), al precisar en el inciso 1) de su artículo 5º que los procesos constitucionales no proceden cuando

> «los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado».

Asimismo, y con relación al proceso de amparo en particular, el artículo 38º del CPConst., establece que éste no procede

> «en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo».

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

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

§2.1. Los derechos de sustento constitucional directo

9. Existen determinados derechos de origen internacional, legal, consuetudinario, administrativo, contractual, etc., que carecen de fundamento constitucional directo, y que, consecuentemente, no son susceptibles de ser protegidos a través del proceso de amparo.

La noción de «sustento constitucional directo» a que hace referencia el artículo 38º del CPConst., no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55º de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control constitucional o «bloque de constitucionalidad».

De ahí que el artículo 79º del CPConst., establezca que

> «[p]ara apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar (...) el ejercicio de los derechos fundamentales».

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

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

§2.2. Los derechos fundamentales de configuración legal

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

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

12. Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.

Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos «en blanco», es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.

Aquí se encuentra de por medio el principio de «libre configuración de la ley por el legislador», conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales.

§2.3. La distinta eficacia de los derechos fundamentales

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

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

14. Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean «creación» del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste.

Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social.

15. Lo expuesto significa que en determinadas circunstancias los DESC no pueden ser objeto de una pretensión susceptible de estimación al interior del proceso de amparo (vg. la exigencia judicial al Estado de un puesto de trabajo o una prestación de vivienda). Ello, sin embargo, no puede ser considerado como una regla absoluta.

En efecto, tal como se ha precisado en otro momento, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la UDFT de la Constitución,

> «no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas». (STC 2945-2003-AA, Fundamento 36).

En esa perspectiva, entre los deberes del Estado previstos en el artículo 44º de la Constitución, no sólo se encuentra el garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, sino también

> «promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación».

16. Por ello, si bien es cierto que la efectividad de los DESC requiere la actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.

17. Los DESC cumplen efectos positivos, vinculando al Estado y a los particulares en la promoción de las condiciones para su cabal eficacia. Asimismo, generan efectos negativos, al proscribir toda conducta gubernamental o particular que niegue u obstaculice su goce y ejercicio.

18. Debe recordarse que

> «toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social.
>
> Por esta razón, sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución *(Morón Diaz, Fabio. La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social. Anuario de Derecho Constitucional. CIEDLA. Buenos Aires 2000. Pág. 668). (...).*
>
> En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales». (STC 2945-2003-AA, Fundamentos 18 y 33).

19. Así las cosas, en el Estado social y democrático de derecho, la ratio fundamentalis no puede ser privativa de los denominados derechos de defensa, es decir, de aquellos derechos cuya plena vigencia se encuentra, en principio, garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio derecho de dignidad humana.

§2.4. El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales

20. Tal como refiere Manuel Medina Guerrero,

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

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

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determi-

nación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

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

22. Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental.

§2.5. La estructura de los derechos fundamentales: las disposiciones, las normas y las posiciones de derecho fundamental

23. Tal como expresa Bernal Pulido, siguiendo la doctrina que Robert Alexy expone en su *Teoría de los derechos fundamentales. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997)*,

> «todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental» (Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 76).*

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

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

25. Tal como refiere el mismo Bernal Pulido,

> «Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que (...) presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo». (Op. cit. pág. 80. Un criterio similar, *Cfr.* Alexy, Robert. *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático,* D&L, Nro. 8, 2000, pág. 12 y ss.).

Por ello, cabe afirmar que las posiciones de derecho fundamental, son los derechos fundamentales en sentido estricto, pues son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas deri-

vadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconocen derechos.

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, si bien el legislador es competente para crear derechos subjetivos a través de la ley, empero, la protección jurisdiccional de éstos debe verificarse en los procesos ordinarios. Mientras que, por imperio del artículo 200º de la Constitución y del artículo 38º del CPConst., a los procesos constitucionales *de la libertad* es privativa la protección de los derechos de sustento constitucional directo.

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

Sin embargo, es preciso tener presente que *prima facie* las posiciones jurídicas que se deriven válidamente de la ley y no directamente del contenido esencial de un derecho

fundamental, no son susceptibles de ser estimadas en el proceso de amparo constitucional, pues ello implicaría pretender otorgar protección mediante los procesos constitucionales a derechos que carecen de un sustento constitucional directo, lo que conllevaría su desnaturalización.

Y si bien la distinción concreta entre aquello regulado por la ley que forma parte de la delimitación del contenido directamente protegido por un derecho fundamental y aquello que carece de relevancia constitucional directa no es una tarea sencilla, los criterios de interpretación que sirvan a tal cometido deberán encontrarse inspirados, en última instancia, en el principio-derecho de dignidad humana, pues, como ha señalado Ingo Von Münch, si bien resulta sumamente difícil determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad humana,

> «manifiestamente sí es posible fijar cuándo se la está vulnerando» (Von Münch, Ingo. *La dignidad del hombre en el derecho constitucional.* En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Año 2, Nro. 5, mayo – agosto, 1982, pág. 21).

§3. La garantía institucional de la seguridad social

28. El artículo 10º de la Constitución reconoce «el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida».

Por su parte, el artículo 11º constitucional, estipula la obligación del Estado de garantizar y supervisar eficazmente el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

29. Tal como ha establecido el Tribunal Constitucional en el Fundamento 54 de la STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI (acumulados)

> «La seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la 'doctrina de la contingencia' y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en 'la elevación de la calidad de vida'».

La seguridad social

> «es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones» (STC 0011-2002-AI, Fundamento 14).

30. Su condición de sistema institucionalizado imprescindible para la defensa y desarrollo de diversos principios y derechos fundamentales, permite reconocer a la seguridad social como una garantía institucional.

El Tribunal Constitucional español, en criterio *mutatis mutandis* aplicable al contexto constitucional peruano, ha señalado que la seguridad social es una garantía institucional

> «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador (...), de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC 37/1994, Fundamento 3).

§4. El derecho fundamental a la pensión

31. Tal como se ha precisado, los derechos fundamentales reconocidos por la Norma Fundamental no se agotan en aquellos enumerados en su artículo 2º, pues además de los derechos implícitos, dicha condición es atribuible a otros derechos reconocidos en la propia Constitución. Tal es el caso de los derechos a prestaciones de salud y a la pensión, contemplados en el artículo 11º, y que deben ser otorgados en el marco del sistema de seguridad social, reconocido en el artículo 10º.

32. El Tribunal Constitucional ha referido que el derecho fundamental a la pensión

> «tiene la naturaleza de derecho social de contenido económico. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la 'procura existencial'. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección -negativas- y de garantía y promoción -positivas- por parte del Estado.» (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 74) «Este derecho es una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y al *telos* constitucional orientado a la protección de la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política, en los siguientes términos: '(...) la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado'.
>
> De esta forma, nuestro texto constitucional consagra la promoción de una digna calidad de vida entre sus ciudadanos como un auténtico deber jurídico, lo que comporta al mismo tiempo una definida opción en favor de un modelo cualitativo de Estado que encuentre en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo.
>
> Es de esta forma como el derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el desarrollo de la dignidad de los pensionistas. De ello se deriva su carácter de derecho fundamental específico, que supera las posiciones liberales que no aceptan

un concepto de igualdad como diferenciación, pero que tampoco supone privilegios medievales que tengan por objeto un trato diferenciado estático a determinado colectivo para conseguir y mantener la desigualdad.

En la definición del contenido de este derecho fundamental es factor gravitante el esfuerzo económico que el proceso pensionario exige de los poderes públicos y de la capacidad presupuestaria.» (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 76).

§4.1. El derecho fundamental a la pensión como derecho fundamental de configuración legal

33. Tal como ha referido este Colegiado, «el artículo 11 de la Constitución no tiene la naturaleza de una norma jurídica tradicional, pues se trata de una disposición de textura abierta que consagra un derecho fundamental; en esa medida hace referencia a un contenido esencial constitucionalmente protegido, el cual tiene como substrato el resto de bienes y valores constitucionales; pero, a su vez, alude a una serie de garantías que no conforman su contenido irreductible, pero que son constitucionalmente protegidas y sujetas a desarrollo legislativo -en función a determinados criterios y límites-, dada su naturaleza de derecho de configuración legal.» (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 73).

34. Referir que el derecho fundamental a la pensión es uno de configuración legal, alude a que la ley constituye fuente normativa vital para delimitar el contenido directamente protegido por dicho derecho fundamental y dotarle de plena eficacia.

En efecto, tal como ha establecido el Tribunal Constitucional, «Si bien la expresión normativo-constitucional de un derecho le confiere el sentido de jurídicamente exigible y vinculante al poder político y a los particulares, no se puede soslayar que parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador, cuyo ámbito de determinación es amplio, sin que ello suponga la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias.

En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, éste es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que no todas las disposiciones de la legislación ordinaria que tienen por objeto precisar los beneficios o prestaciones relacionadas con materia previsional, dotan de contenido esencial al derecho fundamental a la pensión. Sólo cumplen dicha condición aquellas disposiciones legales que lo desarrollan de manera directa (tal como ocurre, por ejemplo, con las condiciones para obtener una pensión dentro de un determinado régimen). Por el contrario, las condiciones indirectas relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, como por ejemplo, asuntos relacionados al monto de la pensión (en la medida que no se comprometa el mínimo vital), topes, mecanismos de reajuste, entre otros, no podrían considerarse como componentes esenciales del derecho fundamental referido, sino como contenidos no esenciales y, en su caso, adicionales, y, en tal medida, tampoco como disposiciones legales que lo configuran.» (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 120).

35. Así las cosas, cuando el inciso 20) del artículo 37º del CPConst. establece que el amparo procede en defensa del derecho a la pensión, ello no supone que todos los derechos subjetivos que se deduzcan de las disposiciones contenidas en el régimen legal relacionado al sistema previsional público o privado, habilitan un pronunciamiento sobre el fondo en un proceso de amparo, pues un razonamiento en ese sentido apuntaría a una virtual identidad entre derecho legal y derecho constitucional de configuración legal, lo que a todas luces resulta inaceptable.

§4.2. Determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

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

37. En base a dicha premisa, sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo expuesto a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo:

a) En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.

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

Tal como ha tenido oportunidad de precisar la Corte Constitucional colombiana, en criterio que este Colegido comparte, el derecho a la pensión

> «adquiere el carácter de fundamental cuando a su desconocimiento sigue la vulneración o la amenaza de derechos o principios de esa categoría y su protección resulta indispensable tratándose de la solicitud de pago oportuno de las pensiones reconocidas, ya que la pensión guarda una estrecha relación con el trabajo, principio fundante del Estado Social de Derecho, por derivar de una relación laboral y constituir una especie de salario diferido al que se accede previo el cumplimiento de las exigencias legales.» (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-608 del 13 de noviembre de 1996. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

c) Por otra parte, dado que, como quedó dicho, el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un 'mínimo vital´, es decir,

> «aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.» (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

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

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

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

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

En efecto, en tanto derecho fundamental *relacional*, el derecho a la igualdad se encontrará afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias.

f) Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. Y es que como se ha precisado, en el proceso de amparo

> «no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto [u omisión] cuestionado». (STC 0976-2001-AA, Fundamento 3).

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

Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103º de la Constitución, respectivamente.

§5. Determinación de la procedencia de la pretensión en la presente causa

38. Analizados los componentes que por derivar directamente del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, merecen protección a través del proceso de amparo, corresponde analizar si la pretensión en el presente caso se encuentra referida a alguno de dichos ámbitos y si, en consecuencia, corresponde expedir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

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

§6. Análisis del agravio constitucional alegado

40. El segundo párrafo del artículo 44º del Decreto Ley N.º 19990, el artículo 1º Decreto Ley N.º 25967 y el artículo 17º de la Ley N.º 24514, constituyen las disposiciones legales que configuran el derecho constitucionalmente protegido para acceder a la pensión reclamada. En ellos se establece que en los casos de reducción o despido total del personal, tienen derecho a pensión de jubilación los trabajadores afectados que: i) tengan cuando menos 55 o 50 años de edad, según sean hombres o mujeres; ii) acrediten por lo menos 20 años de aportaciones; y, iii) el empleador haya sido autorizado por el Ministerio de Trabajo para despedir a su personal luego de seguir el procedimiento previsto en la Ley N.º 24514, sustitutoria del Decreto Ley N.º 18471.

41. Este Tribunal ha precisado en reiteradas ejecutorias, que constituyen precedentes de observancia obligatoria, que para la calificación de las pensiones se debe tener en cuenta que:

a) A tenor del artículo 57º del Decreto Supremo N.º 011-74-TR, Reglamento del Decreto Ley N.º 19990, los períodos de aportación no pierden su validez, excepto en los

casos de caducidad de las aportaciones declaradas por resoluciones consentidas o ejecutoriadas con fecha anterior al 1 de mayo de 1973. En ese sentido, la Ley N.º 28407, vigente desde el 3 de diciembre de 2004, recogió este criterio y declaró expedito el derecho de cualquier aportante para solicitar la revisión de cualquier resolución que se hubiera expedido contraviniendo lo dispuesto en los artículos 56º y 57º del decreto supremo referido, Reglamento del Decreto Ley N.º 19990.

b) En cuanto a las aportaciones de los asegurados obligatorios, los artículos 11° y 70° del Decreto Ley N.° 19990 establecen, respectivamente, que «Los empleadores (...) están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios (...)», y que «Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7º al 13º, aún cuando el empleador (...) no hubiese efectuado el pago de las aportaciones». Más aún, el artículo 13° de esta norma dispone que la emplazada se encuentra obligada a iniciar el procedimiento coactivo si el empleador no cumple con efectuar el abono de las aportaciones indicadas. A mayor abundamiento, el inciso d), artículo 7.° de la Resolución Suprema N.º 306-2001-EF, Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), dispone que la emplazada debe «Efectuar la verificación, liquidación y fiscalización de derechos pensionarios que sean necesarias para garantizar su otorgamiento con arreglo a Ley».

42. En ese sentido, para acreditar la titularidad de derecho a la pensión y el cumplimiento de los requisitos legales que configuran el derecho, el demandante ha acompañado una serie de documentos, respecto de los cuales este Tribunal determina los siguiente:

42.1. Edad

1) Copia de su Documento Nacional de Identidad, con el cual se constata que nació el 16 de junio de 1945, y que, por tanto, cumplió la edad requerida para la pensión reclamada el 16 de junio de 2000.

42.2. Años de aportaciones

1) Copia de la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990 (Expediente N.º 01300311802) y del Cuadro de Resumen de Aportaciones, de donde se evidencia que en aplicación del artículo 95º del Decreto Supremo N.º 013-61-TR, Reglamento de la Ley N.º 13640, la ONP desconoció la validez de las aportaciones realizadas durante 1 año y 1 mes en los años 1964 y 1965, y decidió no continuar su labor inspectiva porque presumió que el demandante no acreditaría el mínimo de años de aportaciones requeridos.

2) Copia de dos Certificados de Trabajo expedidos por Motor Perú S.A. en el año 1992, en papel membretado y en formato del IPSS, y adicionalmente, otro Certificado de Trabajo otorgado en el año 1994 por Motor Perú S.A. en liquidación, en todos los cuales se certifica que el demandante trabajó en la empresa desde el 5 de marzo de 1973 hasta el 25 de mayo de 1992, es decir, por un periodo de 19 años, 2 meses y 20 días.

42.3 Autorización de la Autoridad de Trabajo y afectación por reducción de personal

1) Copia de la Resolución Sub-Directoral N.º 018-92-1SD-NEC y la Resolución Directoral N.º 046-92-DR-LIM, del 21 de febrero y 24 de marzo de 1992, respectivamente, en las que consta la autorización de la Autoridad de Trabajo para que Motor Perú S.A. reduzca personal al haber acreditado causal económica conforme a lo señalado en la Ley N.º 24514.

2) Copia del Acta de Extraproceso de fecha 3 de julio de 1992, suscrita ante el Director Regional de Trabajo de Lima, por los representantes de Motor Perú S.A. y el Sindicato de Trabajadores de la empresa, en la cual se transcribe la relación del personal afectado por la reducción de personal, entre los que se encuentra el demandante. Asimismo, el cronograma de pago de los beneficios sociales que se entregará conjuntamente con

el certificado de trabajo, previa presentación de las cartas de renuncia de los trabajadores con fecha 25 de mayo de 1992.

43. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que aun cuando en el proceso de amparo no se encuentra prevista una etapa probatoria, el demandante ha presentado suficiente medios probatorios que no requieren actuación (artículo 9º del CPConst.), que demuestran: i) que cumple con el requisito de edad exigido para obtener la pensión solicitada; ii) que fue cesado en el empleo por causal de reducción de personal; y, iii) que teniendo en cuenta su tiempo de servicios en Motor Perú S.A. –corroborados previamente por la Autoridad de Trabajo– y las aportaciones realizadas durante el período cuya validez indebidamente no se reconoció, acredita por lo menos 20 años de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.

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

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

§7. Precedente vinculante

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

45. Las materias que son competencia de la jurisdicción constitucional no se desarrollan sobre un espectro rígido e inmutable. Por el contrario, la incuestionable ligazón existente entre realidad social y Constitución en los Estados sociales y democráticos de derecho, imponen un margen de razonable flexibilidad al momento de decidir las causas que merecen un pronunciamiento por parte de la jurisdicción constitucional, sobre todo en aquellas latitudes en las que ésta tiene reciente data. Sólo así es posible sentar por vía de la jurisprudencia las bases mínimas para una verdadera identidad constitucional en cada uno de los ámbitos del derecho, y sólo así es posible que este Tribunal mantenga incólumes sus funciones de valoración, ordenación y pacificación.

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

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

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

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

En efecto, mediante su autonomía procesal el Tribunal Constitucional puede establecer reglas que tengan una pretensión de generalidad y que puedan aplicarse posteriormente a casos similares, siempre que estas reglas tengan como finalidad perfeccionar el proceso constitucional, y se encuentren limitadas por el principio de separación de poderes, la ya mencionada vigencia efectiva de los derechos fundamentales y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

49. El precedente sentado es de vinculación inmediata, motivo por el cual a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión (Fundamento 37 *supra*), debe ser declarada improcedente.

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

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

51. La vía idónea para dilucidar los asuntos pensionarios que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, es el proceso contencioso administrativo. En efecto, en tanto que es la Administración Pública la encargada de efectuar el otorgamiento de las pensiones específicas una vez cumplidos los requisitos previstos en la ley, es el proceso contencioso administrativo la vía orientada a solicitar la nulidad de los actos administrativos que se consideren contra-

rios a los derechos subjetivos que a pesar de encontrarse relacionados con materia previsional, sin embargo, no derivan directamente del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión. Así lo estipula el artículo 1º de la Ley N.º 27584.

> «La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. (...)»

52. Por ende, en los supuestos en los que se pretenda la estimación en juicio de pretensiones que no se encuentren relacionadas con el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, los justiciables deberán acudir el proceso contencioso administrativo a efectos de dilucidar el asunto controvertido.

En tal perspectiva, el artículo 3º de la Ley N.º 27584 establece, de conformidad con el principio de exlusividad, lo siguiente:

> «las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo en los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales», es decir, salvo en los casos en los que la actuación (u omisión) de la Administración Pública genere la afectación del contenido directamente protegido por un derecho constitucional.

53. De conformidad con los artículos 8º y 9º de la Ley N.º 27584 es competente para conocer la demanda el Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (o el Juez Civil o Mixto en los lugares en que no exista Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo), del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación impugnable, a elección del demandante.

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

54. Las demandas de amparo en trámite que, en aplicación de los criterios de procedibilidad previstos en el Fundamento 37 *supra*, sean declaradas improcedentes, deberán ser remitidas al juzgado de origen (Juez Civil encargado de merituar el proceso de amparo en primera instancia), quien deberá remitir el expediente judicial al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (en los lugares en los que éstos existan) o deberá avocarse al conocimiento del proceso (en los lugares en los que no existan Jueces Especializados en lo Contencioso Administrativo).

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

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

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

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

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

57. En todo caso, es deber del Juez del contencioso administrativo, aplicar el principio de favorecimiento del proceso, previsto en el inciso 3) del artículo 2º de la Ley N.º 27584, conforme al cual: «Principio de favorecimiento del proceso.- El Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa.

Asimismo, en caso de que el Juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma.»

58. Por otra parte, dado que en los asuntos previsionales, es la Administración o, en su caso, la entidad en la que prestó servicios el ex trabajador, las que se encuentran en mayor capacidad de proveer al Juez de los medios probatorios que coadyuven a formar convicción en relación con el asunto controvertido, el hecho de que el recurrente no haya presentado los medios probatorios suficientes que permitan acreditar su pretensión, en principio, no puede considerarse como motivo suficiente para desestimar la demanda. En tales circunstancias, es obligación del Juez recabar de oficio los medios probatorios que juzque pertinentes; máxime si el artículo 22º de la Ley N.º 27584, establece que:

> «Al admitir a trámite la demanda el Juez ordenará a la entidad administrativa que remita el expediente relacionado con la actuación impugnable. Si la entidad no cumple con remitir el expediente administrativo el órgano jurisdiccional podrá prescindir del mismo o en su caso reiterar el pedido bajo apercibimiento de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público para el inicio del proceso penal correspondiente (...). El incumplimiento de lo ordenado a la entidad administrativa no suspende la tramitación del proceso, debiendo el juez en este caso aplicar al momento de resolver lo dispuesto en el Artículo 282 del Código Procesal Civil.»

Dicho artículo del Código Procesal Civil, establece:

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

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

> «Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.»

§10. Vulneración continuada y ausencia de plazos de prescripción en asuntos que versen sobre materia pensionaria

59. Todos los poderes públicos, incluida la Administración Pública, deberán tener presente, tal como lo ha precisado este Colegiado de manera uniforme y constante —en criterio que *mutatis mutandis* es aplicable a cualquier proceso judicial o procedimiento administrativo que prevea plazos de prescripción o caducidad— que las afectaciones en materia pensionaria tienen la calidad de una vulneración continuada, pues tienen lugar mes a mes, motivo por el cual no existe posibilidad de rechazar reclamos, recursos o demandas que versen sobre materia previsional, argumentando el vencimiento de plazos prescriptorios o de caducidad.

En tal sentido, en los casos de demandas contencioso administrativas que versen sobre materia pensionaria, el Juez se encuentra en la obligación de considerar el inicio del cómputo de los plazos de caducidad previstos en el artículo 17º de la Ley N.º 27584, a partir del mes inmediatamente anterior a aquel en que es presentada la demanda, lo que equivale a decir, que, en ningún caso, podrá declararse la improcedencia de tales demandas por el supuesto cumplimiento del plazo de caducidad.

§11. Jurisprudencia vinculante y exhortación

60. Es preciso enfatizar que los criterios uniformes y reiterados contenidos en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en materia pensionaria, mantienen sus efectos vinculantes. En consecuencia, a pesar de que determinadas pretensiones sobre la materia no puedan en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por este Colegiado.

61. Finalmente, el Tribunal Constitucional exhorta al Poder Judicial a aumentar el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y a crearlos en el resto de Distritos Judiciales de la República, a efectos de atender con diligencia y celeridad las pretensiones que correspondan ser dilucidadas por la jurisdicción ordinaria, como consecuencia de la expedición de la presente sentencia.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución y su Ley Orgánica,

□

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda.
2. Declarar la NULIDAD de la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990.

3. Ordena que la entidad demandada cumpla con reconocer la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal que corresponde al demandante, y abone las pensiones devengadas, reintegros e intereses legales correspondientes, conforme a los Fundamentos 40 a 43 *supra*.

4. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo que versen sobre materia pensionaria, previstos en el Fundamento 37 *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, debe ser declarada improcedente.

5. Declarar que las reglas procesales de aplicación a las demandas de amparo que a la fecha de publicación de esta sentencia se encuentren en trámite, previstas en los Fundamentos 54 a 58 *supra*, resultan vinculantes tanto para los Jueces que conocen los procesos de amparo, como para los Jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso administrativas.

6. Se EXHORTA al Poder Judicial, para que, de conformidad con el Fundamento 61 *supra*, aumente el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y los cree en el resto de Distritos Judiciales de la República.

Publíquese y notifíquese.
SS.
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 0206-2005-PA/TC

(Lima, 28 de noviembre de 2005)

EXP. N.° 0206-2005-PA/TC
HUAURA
CÉSAR ANTONIO BAYLÓN FLORES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Antonio Baylón Flores contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fojas 461, su fecha 9 de diciembre de 2005, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de abril de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y don Víctor Manuel Hacen Bernaola, en su calidad de Gerente General de la citada empresa, solicitando que se declaren inaplicables la carta notarial de imputación de cargos de fecha 3 de marzo de 2004 y la carta notarial de despido de fecha 17 de marzo de 2004; y que, por consiguiente, se lo reponga en el puesto de asistente de control patrimonial, con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir. Asimismo, solicita que los demandados le paguen una indemnización de daños y perjuicios equivalente a 10,000.00 nuevos soles y que se disponga la apertura de instrucción al Gerente General por ser responsable de la agresión sufrida.

Manifiesta haber sido despedido debido a que, con posterioridad a la época en que ocupó el cargo de Jefe del Equipo de Facturación, se detectaron una serie de irregularidades con motivo del «Examen especial sobre presuntas irregularidades efectuadas en la manipulación del sistema SICI» llevado a cabo por el órgano de control de la empresa. Al respecto, refiere que no se hizo una adecuada calificación de la causa justa de despido y que no se observó el principio de inmediatez, contemplado en el artículo 31.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, toda vez que el despido se produjo mucho tiempo después de la fecha en que ocurrieron los hechos por los cuales fue despedido. Agrega que tales actos vulneran sus derechos constitucionales su derecho constitucional al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y al debido proceso.

E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. propone la excepción de incompetencia por razón de la materia, aduciendo que la vía del amparo no resulta idónea para este tipo de casos, pues existe una vía laboral donde se puede dilucidar mejor la controversia con el despliegue de una amplia actuación de material probatorio. Sostiene que en el caso del actor se procedió a su despido por la gravedad de las faltas cometidas, respetándose, en todo momento, el debido proceso y sus derechos constitucionales, por lo que solicita que la demanda sea declarada infundada.

El codemandado Víctor Manuel Hacen Bernaola solicita que la demanda sea declarada infundada, alegando que no le une vínculo alguno con el actor y que la sanción impuesta se debió única y exclusivamente a la configuración de una falta grave cometida por el recurrente. Manifiesta que el proceso de despido del demandante se realizó sin mala fe, dolo y arbitrariedades.

El Tercer Juzgado Civil de Huaura, con fecha 5 de julio de 2004, declara infundada la excepción propuesta considerando que el proceso de amparo tiene carácter alternativo, es decir, que ante la violación de un derecho constitucional, el demandante puede escoger dicha vía para defender sus derechos constitucionales; e, infundada la demanda argumentando que el actor cometió las faltas graves que se le imputan, observándose para su despido el debido proceso que establece la ley.

La recurrida confirma la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. En el caso sobre la Ley Marco del Empleo Público, Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, (Fundamentos 17 a 42), este Tribunal precisó una serie de criterios jurisprudenciales relativos a los principios laborales constitucionales, tales como *indubio pro operario*, la igualdad de oportunidades, la no discriminación en materia laboral y la irrenunciabilidad de derechos. Igualmente, en el citado caso, se hizo referencia a los derechos colectivos de los trabajadores que reconoce la Constitución, entre los que destacan de libertad sindical, de sindicación, de negociación colectiva y de huelga. Al respecto, se sostuvo que tales disposiciones, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen laboral privado como al público. El Tribunal Constitucional se ratifica en tales criterios y reitera su carácter vinculante para la resolución de los casos en materia laboral que se resuelvan en sede constitucional u ordinaria.

2. En esta oportunidad y complementando la jurisprudencia constitucional en materia laboral individual, emitida en los casos derivados del régimen laboral privado (en particular los casos Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel, Exp. N.º 1124-2001-AA/TC, y Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-2001-AA/TC), así como en los casos vinculados al régimen laboral público, se formularán determinados criterios jurisprudenciales para la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, referidos a las vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional al trabajo y derechos conexos, que, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, constituirán precedentes vinculantes.

Vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral privado

3. La vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para la procedencia de las demandas de amparo. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo. En efecto, conforme al artículo 5.°,

inciso 2 del Código Procesal Constitucional, ***no proceden las demandas constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado***.

4. Al respecto, este Colegiado precisó que «(...) tanto lo que estableció en su momento la Ley N.° 23506 y lo que prescribe hoy el Código Procesal Constitucional, respecto al Amparo Alternativo y al Amparo Residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario». (Exp. N.° 4196-2004-AA/TC, Fundamento 6).

5. En efecto, en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138.º de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría firmar que solo el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aún, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138º.

6. Consecuentemente, solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate.

7. El Tribunal Constitucional estima que esta nueva situación modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados.

8. Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió frau-

de, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.

9. Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29.º y 34.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados.

10. En efecto, la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28.º, inciso 1 de la Constitución (Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, fundamentos 26, 27 y 28), e interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11.º del Convenio N.º 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1.º del Convenio N.º 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva).

11. En la misma línea argumentativa, en el citado Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, se dejó establecido que la libertad sindical no sólo tiene una dimensión individual, relativa a la constitución de un sindicato y a su afiliación, sino también una dimensión plural o colectiva que se manifiesta en la autonomía sindical y en su personería jurídica (Fundamento 26). Esta dimensión de la libertad sindical se justifica por cuanto el artículo 3.1. del Convenio N.º 87 de la OIT, anteriormente citado, precisa que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción, en tanto que el artículo 1.2. del Convenio N.º 98 de la OIT, como ya se dijo, establece la protección a los trabajadores sindicalizados contra todo acto que tenga por objeto despedirlo o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o por su participación en actividades sindicales.

12. Por tanto, debemos considerar que la libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva, también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados, así como a los dirigentes sindicales, para garantizar el desempeño de sus funciones y que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga.

13. Es por ello que, a criterio del Tribunal Constitucional, la dimensión plural o colectiva de la libertad sindical garantiza no sólo la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados (como fue reconocido por este Colegiado en el Exp. N.º 1124-2001-AA/

TC, Fundamento 11), sino que también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado.

14. Este Tribunal Constitucional, en opinión coincidente con el Tribunal Constitucional Español, estima que las garantías descritas se justifican por cuanto los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática (STC 292/1993, fundamento 5, del 9 de noviembre de 1993), añádase, para la protección y promoción de sus intereses (artículo 8.1.a. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o «Protocolo de San Salvador»). Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos.

15. Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7° y 23° de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o «Protocolo de San Salvador», sobre protección de los minusválidos, toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

16. Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.

17. Por otro lado, la Ley Procesal del Trabajo, N.º 26636, prevé en su artículo 4.º la competencia por razón de la materia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo. Al respecto, el artículo 4.2 de la misma ley establece que los Juzgados de Trabajo conocen, entre las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos, las siguientes:

a) Impugnación de despido (sin reposición).

b) Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia.

c) Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.

d) Pago de remuneraciones y beneficios económicos.

18. A su turno, el artículo 30.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, considera que constituyen actos de hostilidad:

a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.

b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.

c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.

d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.

e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.

f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.

g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

Consecuentemente, los amparos que se refieran a las materias descritas (fundamentos 17 y18), que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declaradas improcedentes en la vía del amparo.

19. De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N.º 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio.

20. Por tanto, aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo.

Vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral público

21. Con relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se debe considerar que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública. Por ello, el artículo 4.º literal 6) de la Ley N.º 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública son impugnables a través del proceso contencioso administrativo. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional esti-

ma que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares.

22. En efecto, si en virtud de la legislación laboral pública (Decreto Legislativo N.º 276, Ley N.º 24041 y regímenes especiales de servidores públicos sujetos a la carrera administrativa) y del proceso contencioso administrativo es posible la reposición, entonces las consecuencias que se deriven de los despidos de los servidores públicos o del personal que sin tener tal condición labora para el sector público (Ley N.º 24041), deberán dilucidarse en la vía contenciosa administrativa por ser la idónea, adecuada e igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo, para resolver las controversias laborales públicas.

23. Lo mismo sucederá con las pretensiones por conflictos jurídicos individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública y que se derivan de derechos reconocidos por la ley, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N.º 27803, entre otros.

24. Por tanto, conforme al artículo 5.°, inciso 2.° del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contencioso administrativa. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 *supra*.

25. El Tribunal Constitucional estima que, de no hacerse así, el proceso de amparo terminará sustituyendo a los procesos judiciales ordinarios como el laboral y el contencioso administrativo, con su consiguiente ineficacia, desnaturalizando así su esencia, caracterizada por su carácter urgente, extraordinario, residual y sumario.

Análisis del presente caso

26. El recurrente fue despedido el 17 de marzo de 2004, previo procedimiento de despido, imputándosele las faltas graves previstas en los incisos a) y c) del artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, concordadas con los incisos a), d) y f) del artículo 74.º del Reglamento Interno de Trabajo de la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. A tal efecto, en autos se advierte que se le cursó la carta de pre aviso y que pudo efectuar sus descargos; de manera que la empleadora cumplió con la ley laboral atinente a este tipo de procesos. Consiguientemente, no se advierte vulneración del debido proceso.

27. De otro lado, el demandante sostiene que se habría vulnerado el principio de inmediatez. Sobre este punto debe precisarse que la causa de despido se origina en el Informe N.º 009-2003 EPS EMAPA-HUACHO-OCI «Examen especial: sobre presuntas irregu-

laridades efectuadas en la manipulación del SICI», sistema informático comercial integrado, llevado a cabo por el órgano de control interno de la empresa demandada, en el que se concluyó que se favoreció a terceras personas en la facturación del servicio de agua en perjuicio de la empresa. Dicho informe determinó la responsabilidad administrativa del recurrente, así como la de otros empleados.

28. Si bien es cierto que los hechos se produjeron durante el periodo 2002-2003, en que el demandante ocupó el cargo de Jefe del Equipo de Facturación, no lo es menos que las responsabilidades por las irregularidades sólo se pudieron conocer una vez que culminó el informe llevado a cabo por el órgano de control de la empresa, y que fue comunicado a la alta dirección en enero de 2004, previa investigación en la que el recurrente también ejerció su derecho de defensa. Consiguientemente, el Tribunal Constitucional estima que el procedimiento de despido, recomendado por el asesor legal externo, no vulneró el principio de inmediatez, toda vez que se inició dentro de un plazo razonable (Exp. N.º 0585-2003-AA). Por tal razón, este extremo de la demanda también debe desestimarse.

29. Asimismo, el recurrente cuestiona los hechos que se invocan como causas justas de despido. Entre otros, que la demandada, apoyándose en el informe del órgano de control interno de la empresa, concluye que el demandante concedió, de manera irregular, rebajas al usuario Línea Interprovincial de Transportistas S.A.-LITSA; que se emitieron facturas a la empresa EMSAL cuando tales servicios ya habían sido cancelados, con su consiguiente ingreso en el registro de ventas de la empresa; que se hizo una rebaja en el cobro del servicio al señor Estanislao Loyola Hurtado; y que se cometieron irregularidades en la facturación del cliente Molitalia S.A. por la instalación de un medidor y la conexión de agua.

30. El recurrente niega tales imputaciones y afirma que se deben a los defectos del sistema informático; asimismo, refiere que a nivel de la Fiscalía se decidió archivar la denuncia penal por los mismos hechos, puesto que no se comprobó responsabilidad penal alguna. Independientemente de las responsabilidades civiles o penales, el Tribunal Constitucional estima que, en el presente caso, de los actuados se advierte la existencia de hechos controvertidos, relativos a la declaración de responsabilidad del demandante en la causa justa de despido, cuya dilucidación no es posible en el proceso de amparo por su anotado carácter sumario. Por tanto, este extremo de la demanda debe declararse improcedente.

31. Con relación a los pedidos de pago de remuneraciones dejadas de percibir y de indemnización por daños y perjuicios, deben ser declarados improcedentes, pues el amparo no es la vía idónea para resolver tales reclamos. Lo mismo debe declararse sobre la solicitud de que se denuncie penalmente al gerente general de la demandada.

Precedente vinculante

32. Hasta la fecha de dilucidación del presente caso los criterios de la jurisdicción constitucional habían sido sumamente flexibles y amplios en la evaluación de una gran variedad de controversias laborales de carácter individual, sea en el ámbito laboral privado o en el público, sobre la base del carácter alternativo del proceso constitucional del amparo. Sin embargo, y dentro del marco de la función de ordenación del Tribunal Constitucional, se hace indispensable, para los casos de materia laboral individual, privada o pública, tramitados en la vía del proceso de amparo, la aplicación de los criterios establecidos en el presente caso, con relación al carácter residual del proceso de amparo y de los criterios jurisprudenciales sustantivos relativos a los derechos laborales desarrollados a través de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a fin de no desnaturalizar el carácter extraordinario, breve y expeditivo del proceso de amparo.

33. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos 7 a 25 *supra*, constituyen precedente vinculante, puesto que son indispensables para determinar la procedencia de la vía del proceso constitucional de amparo.

34. Con ello el Tribunal Constitucional busca perfeccionar el proceso de amparo a fin de que sea realmente eficaz y expeditivo. Por tanto, el precedente establecido será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite e igualmente no reúnan tales condiciones, deberán ser declaradas improcedentes.

Vía procedimental específica y reglas procesales aplicables a los procesos de amparo en materia laboral en trámite

35. A partir de la expedición de la sentencia del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.° 1417-2005-AA/TC), el Tribunal Constitucional estableció los casos de materia pensionaria que conocería, encausándose a la vía contenciosa administrativa las demandas que, por tal razón, se declarasen improcedentes.

36. Consecuentemente, y por la aplicación de similares criterios respecto a la reconducción de procesos, las demandas de amparo que sobre las materias laborales de carácter individual, sean del régimen laboral público o privado descritos en la presente sentencia, deberán ser encausadas a través de las vías igualmente satisfactorias para resolver las controversias individuales de carácter laboral, privadas o públicas, y que son:

a) El proceso laboral ordinario, para las controversias de carácter laboral individual privado.

b) El procedimiento especial contencioso administrativo (artículos 4.º inciso 6 y 25 de la Ley N.° 27584), para las materias de carácter laboral individual de carácter público).

37. Por lo tanto, haciendo uso de las funciones de ordenación y pacificación inherentes a este Tribunal Constitucional, se dispone que las demandas de amparo sobre materia laboral, que en aplicación de los criterios previstos en los fundamentos 21 a 25 *supra*, de la presente sentencia, sean declaradas improcedentes, deberán seguir las reglas procesales establecidas en los fundamentos 53 a 58 y 60 a 61 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.° 1417-2005-AA/TC), con las adaptaciones necesarias a la materia laboral pública.

38. Para los casos de procesos de amparo en materia laboral individual privada, fundamentos 7 a 20 *supra*, los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley N.º 26636, observando los principios laborales que se hubiesen establecido en su jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar ***INFUNDADA*** la demanda en el extremo que denuncia la vulneración del principio de inmediatez.

2. Declararla ***IMPROCEDENTE*** en los demás extremos, por cuanto el amparo no es la vía idónea para esclarecer hechos controvertidos sometidos a probanza no para determinar montos por daños y perjuicios.

3. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, previstos en los fundamentos 7 a 25, *supra*, constituyen ***precedente vinculante inmediato*** de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, debe ser declarada improcedente.

4. Declarar que las reglas procesales de aplicación a las demandas de amparo en materia laboral pública que a la fecha de publicación de esta sentencia se encuentren en trámite, serán las previstas en los fundamentos 53 a 58 y 60 a 61 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.° 1417-2005-AA/TC), de modo que serán vinculantes tanto para los jueces que conocen los procesos de amparo, como para los jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso administrativas a que se refiere la Ley N.° 27584.

5. Declarar que las demandas de amparo de materia laboral individual privada, precisadas en los fundamentos 7 a 20 *supra*, deberán ser adaptadas al proceso laboral que corresponda según la Ley N.º 26636 por los jueces laborales conforme a los principios laborales que han establecido en su jurisprudencia laboral y a los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha establecido en su jurisprudencia para casos laborales.

Publíquese y notifíquese.

SS.
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

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

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

SUMARIO: I) El contenido esencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. II) Una aproximación al caso Manuel Anicama Hernández contra la ONP. III) La determinación del contenido del derecho fundamental a la pensión. IV) El contenido de los derechos fundamentales como un concepto abierto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

I. EL CONTENIDO ESENCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

La segunda teoría es la relativa y consiste en concebir que los derechos carecen de un núcleo al cual el legislador no puede acceder, sino más bien a que todos los derechos son una unidad carente de zonas especiales, o nucleares, y que más bien el legislador puede regular su ejercicio y establecer restricciones gracias a la ayuda de una ponderación de derechos al momento de valorar cuál de ellos debe prevalecer en un eventual conflicto entre derechos humanos[2].

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

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

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

No obstante, pese a que la teoría absoluta fue reiterada en más de una oportunidad[4], el Tribunal Constitucional español se empieza a inclinar hacia una concepción más bien de carácter relativo, en la que la definición del contenido esencial no puede realizarse en abstracto sino más bien como resultado de un proceso, es decir, como producto de un concreto caso judicial. El Tribunal español afirma en relación con el derecho al acceso a los cargos y funciones públicas, que éste derecho»se impone en su contenido esencial al legislador, de tal manera que no podrá imponer restricciones a la permanencia en los mismos que, más allá de los imperativos del principio de igualdad, no se ordenen a un fin legítimo y en término proporcionados a dicha finalidad»[5].

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

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

3. Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español (en adelante STC) Nro 11/81 del 8 de abril de 1981.
4. Véanse por ejemplo las sentencias STC 13/84, de 3 de febrero de 1984, y STC 196/87 de 11 de diciembre de 1987.
5. Cfr. STC 71/94 de 3 de marzo de 1994.
6. Véase el Exp. Nro 0004-1996-AI/TC. De acuerdo con el profesor Luis Castillo la primera vez que el Tribunal Constitucional peruano se manifestó sobre el contenido de un derecho fue gracias a un voto singular en la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad interpuesta por 36 congresistas contra la Ley 26592; la cual reformaba la Ley 26300 disponiendo que, para la procedencia del referéndum, «se requería una iniciativa legislativa popular que habiendo sido rechazada por el Congreso, haya obtenido al menos 48 votos a favor. La cuestión a dilucidar consistió si la exigencia previa de intervención del Parlamento con 48 votos suponía o no la 'la satisfacción de una condición tan desproporcionada, que la propia institución del referéndum se vea gravemente lesionada, al extremo de habérsele desnaturalizado, y en consecuencia, aunque no se diga expresamente así, haberse afectado su *contenido esencial*'»; cfr. Castillo Córdova, Luis: *Elementos de una Teoría General de los Derechos Constitucionales*, Lima, ARA editores, 2003, págs. 148-149.

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

En primer lugar, no es posible que se pretenda atribuirle al parlamento o gobierno la posibilidad de poder limitar mediante normas los derechos fundamentales dado que, precisamente, son ellos los que deben estar limitados por la constitución y no realizar actos más allá de las funciones expresamente atribuidas. En segundo lugar y atendiendo al principio de unidad que debe informar a los operadores judiciales al momento de interpretar la constitución, tampoco es posible otorgar en los hechos una mayor importancia, o jerarquía, a unos derechos frente a otros en la misma constitución; lo cual equivale a pensar que una carta magna admite la posibilidad de contener disposiciones contradictorias, imposibles de armonizar, y que se encuentran en el texto simplemente porque el papel «lo aguanta todo». Finalmente, en tercer lugar, debemos tener en cuenta que el carácter normativo de la constitución hace posible que sus disposiciones no sean retóricas sino que vinculen a sus destinatarios; por eso, no es posible que unas partes de la carta magna se cumplan en desmedro de las restantes que gozan del mismo efecto jurídico y que, por tanto, también deben de ser aplicadas[7].

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

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

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

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

Con la finalidad de servir como una introducción al análisis de los fundamentos jurídicos que realiza el Tribunal Constitucional para determinar el contenido del derecho de pensión de jubilación, transcribimos los hechos del caso, los cuales fueron extraídos directamente de la propia sentencia del Tribunal[8].

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

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

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

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

8. Véase el Exp. N.° 1417-2005-AA/TC.

emitido pronunciamiento administrativo. En segunda instancia fue reformada la primera resolución judicial declarándola improcedente, estimando necesario que dicha pretensión se ventile en la vía judicial ordinaria, toda vez que el proceso de amparo carece de estación probatoria. Finalmente, el recurrente interpuso recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional el cual, con fecha ocho de julio de 2005, en sesión plenaria[9], declara la nulidad de la Resolución Nro 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990 ordenando que la demandada cumpla con reconocer la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal que corresponde al demandante, y abone las pensiones devengadas, reintegros e intereses legales correspondientes.

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

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

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

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

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

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

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

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

La necesidad de conocer el marco en el que se reconoce el derecho a la pensión para comenzar a determinar el contenido constitucional de este derecho lleva al Tribunal a considerar al fundamento de todos los derechos: la dignidad humana. En ese sentido, el máximo garante de los derechos sostiene en su jurisprudencia el deber del Estado de no sólo esforzarse para la realización de los derechos civiles y políticos, concretamente no interviniendo, sino también constituyendo «verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos (…). Este especial deber de protección especial que se deriva de esta concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quienes pueda proceder la lesión (…). Como se ha dicho, esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad (…)»[10]. En el caso que nos ocupa descubrimos que el Tribunal, gracias al principio de unidad interpreta la disposición que reconoce el derecho fundamental a la pensión con aquellos principios y valores que lo informan[11], determinando así el significado de su contenido constitucional. Es por eso que concluye diciendo que dichos principios y valores superiores son la dignidad humana así como la igualdad material y solidaridad[12].

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

10. Cfr. Exp. N.° 0976-2001-AA/TC (fundamento jurídico 5).
11. El artículo 11 de la Constitución de 1993 dispone que «[e]l Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento».
12. Véase el fundamento jurídico 36.

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

El Tribunal Constitucional considera que el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, por tanto, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento, tanto en la ley o en su aplicación, que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido[13]. De esta forma el Tribunal estima que en tanto derecho fundamental relacional, el derecho a la igualdad se encontrará afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias[14].

La referencia de base a la dignidad humana así como a la igualdad material y solidaridad son la plataforma jurídica necesaria para comenzar a determinar el contenido constitucional del derecho a la pensión como derecho de configuración legal[15]. De esta forma, el Tribunal tiene la pista de carreras necesaria para avanzar hacia los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido del derecho fundamental a la pensión, podrán recibir protección judicial a través del proceso de amparo[16]

13. Véase el fundamento jurídico 37(c).
14. Véase el fundamento jurídico 39 (e).
15. Al respecto, el profesor Silvio Basile nos dice que «el principio de 'dignidad de la persona' puede constituir por sí mismo el fundamento ideológico no sólo de los derechos de libertad civil o sea, del Estado de Derecho, no sólo de los derechos de participación o sea, del Estado democrático, sino también de las iniciativas de intervención pública para la corrección de los desequilibrios implícitos en el sistema social, a las que se alude cuando se habla de Estado social»; cfr. BASILE, Silvio, «Los «valores superiores», los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas» en AA.VV: *La Constitución española de 1978*, estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría, segunda edición, Madrid, Civitas, 1981, pág. 275.
16. Véase el fundamento jurídico 37.

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

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

Como una lógica consecuencia podemos decir que las fuentes que forman parte del bloque de constitucionalidad también gozan de jerarquía constitucional formando así un conjunto normativo de igual rango. De este modo, las normas que integran el bloque son verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus sentencias, así como los demás sujetos de derecho público y privado, deberán atenerse a sus prescripciones[18]. Es así que las normas que integran el bloque de constitucionalidad se convierten en una fuente de derecho obligatoria, es decir, vinculante, ya que también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento jurídico; de igual modo, tanto el preámbulo como los principios, valores y reglas constitucionales son de obligatorio de cumplimiento en el orden interno. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, el grupo de normas que comparten la misma jerarquía constitucional y que convierten a los contenidos del bloque en un «factor de unidad y cohesión de la sociedad», obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, debido a que ellos irradiarán su potestad sobre todo el ordenamiento normativo[19].

17. Cfr. Exp. Nro 0013-2003-CC/TC (fundamento jurídico 10.5). La frase en letra cursiva es añadida.
18. Sobre este tema véase el trabajo de los profesor Favoreu, Louis, Rubio Llorente, Francisco: *El bloque de la constitucionalidad,* Madrid, Cuadernos Civitas, 1991; así como el libro el profesor Manill, Pablo Luis: *El bloque de constitucionalidad,* La Ley, Buenos Aires, 2003.
19. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-531/93.

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

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

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

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

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

por encontrar no sólo dentro sino fuera de la Constitución, de la legislación y la jurisprudencia nacional, otros elementos que también deben formar parte del contenido de un derecho humano. De esta manera, se justifica la referencia que hace a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana o cuando encuentra nuevos fundamentos ontológicos, ya que, con en esos ejemplos, nos hace ver que estamos ante una interpretación que atiende a las circunstancias específicas de cada caso judicial. Es así que yendo más allá de los recursos legales y jurisprudenciales para concentrarse en el ser humano como único titular de derechos fundamentales en base a su dignidad[23], el Tribunal reconoce que el derecho humano a la pensión tiene «una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un `mínimo vital´, es decir, 'aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.'»[24]. Es por esto que el Tribunal concluye que las pretensiones relacionadas con el específico monto de una pensión sólo serán procedentes cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital, estableciendo un conjunto de precisiones sobre esta materia[25].

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

23. Véase García Huidobro, Joaquín: «La dignidad del hombre» en *Lecciones de Derechos Humanos*, Valparaíso, EDEVAL, 1997, pág. 31.
24. Ibidem.
25. Al respecto el Tribunal Constitucional considera que «(…) tomando como referente objetivo que el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional es denominado «pensión mínima», asciende a S/. 415,00 (Disposición Transitoria de la Ley N.º 27617 e inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28449), el Tribunal Constitucional considera que, *prima facie*, cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto, deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes en relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud) (Fundamento jurídico 37(c)).

mental a la pensión, dichas pretensiones deberán ser ventiladas en la vía judicial ordinaria. Finalmente, el Tribunal añade que las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, tampoco son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión sino también porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103 de la Constitución[26].

Luego de analizar algunos de los fundamentos jurídicos de la sentencia del caso Manuel Anicama Hernández podemos apreciar que el Tribunal Constitucional peruano[27], como máximo intérprete de la Carta de 1993, viene considerando el referido carácter abierto, y no abstracto, del contenido de los derechos fundamentales. Es evidente que las pautas para la interpretación del contenido constitucional de cada derecho son indispensables para alcanzar una adecuada protección; en ese sentido, además de conocerse el significado de dicho contenido, se hace necesario delimitar los contornos del derecho gracias a lo establecido por la Constitución; además, se debe apreciar la finalidad del derecho, su naturaleza, y aquello que lo diferencia de otros los derechos fundamentales; sin olvidar que el contenido constitucional debe determinarse atendiendo a las concretas circunstancias del caso[28]. Para concluir este apartado, podemos decir que cuando nos referimos al contenido de los derechos fundamentales nos estamos refiriendo a un concepto más bien abierto, atendiendo a que el titular de los derechos es la persona humana gracias a su dignidad.

Asimismo, aún cuando, *prima facie*, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla (Fundamento jurídico 37(d)). (…). Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. Y es que como se ha precisado, en el proceso de amparo»no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto [u omisión] cuestionado». (STC 0976-2001-AA, Fundamento 3). (Fundamento jurídico 37(f))

26. Véase el fundamento jurídico 37 (g)
27. Véase el expediente número 1417-AA/TC.

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

Por todo lo dicho anteriormente, cometeríamos un error si seguimos considerando que el contenido constitucional de un derecho fundamental tiene un carácter cerrado y que puede determinarse *a priori*, de manera abstracta, prescindiendo de las concretas circunstancias que rodean a cada caso judicial. Todo lo contrario, el contenido constitucional de los derechos posee un carácter más bien abierto; es decir, que atendiendo a las circunstancias el juez deberá, o no, enriquecer el contenido y alcances del derecho fundamental que está sujeto a interpretación. En otras palabras, un estado no podría ofrecer una adecuada protección a los derechos fundamentales a sus ciudadanos si de manera abstracta el contenido de cada derecho se encontrara ya definido en la jurisprudencia de sus tribunales, con carácter inmutable, pétreo, para la solución de todos los casos por igual con idénticos resultados, como si se tratase de la fórmula para producir la conocida y centenaria Coca Cola[29].

Para concluir hemos de señalar que los jueces no pueden realizar una tarea mecánica dado que ningún caso judicial es igual a otro; por eso, en la medida que el trabajo de los miembros del Tribunal cumpla con su función de ser el último garante de los derechos en la jurisdicción nacional, se podrá enriquecer progresivamente las pautas de interpretación para descubrir el contenido de los derechos fundamentales en cada caso concreto. No olvidemos que la determinación del contenido constitucional de los derechos no se realiza de modo alguno mediante un ejercicio semántico de lo que significan las palabras de la constitución sino más bien a partir de la naturaleza humana y su dignidad única e inmutable, lo cual se convierte en algo muy cercano a «un mar sin orillas» para descubrir el contenido de los derechos fundamentales a través de cada caso judicial, pero siempre como un concepto de carácter abierto[30].

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

Amparo y Residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.º 2 del Código Procesal Constitucional peruano

Roger Rodríguez Santander
Profesor de los Post Títulos en Derechos Fundamentales y en Derecho Procesal Constitucional de la PUCP
Asesor del Tribunal Constitucional
Miembro del Comité de Redacción de esta Revista

SUMARIO: I. Introducción; II. Las diferencias entre los artículos 5º 1 y 5º 2 del CPConst; III. La residualidad en el tiempo; IV. Las interpretaciones del artículo 5º 2 del CPConst: A) Interpretación subjetivo-formal, B) Interpretación subjetivo-sustancial, C) Interpretación objetivo-formal, D) Interpretación objetivo-sustancial; V. ¿Amparo residual o subsidiario?. VI. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La innovación más importante que trae consigo el Código Procesal Constitucional —Ley N.º 28237— (en adelante, CPConst) en lo que al establecimiento de requisitos de procedencia de la demanda de amparo se refiere, es la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de la denominada *cláusula de residualidad*, conforme a la cual dicha demanda será declarada improcedente en aquellos supuestos en los que exista otro proceso *específico* que resulte *igualmente satisfactorio* para la protección del derecho fundamental amenazado o vulnerado.

Dicha cláusula se encuentra prevista en el art. 5º 2 CPConst: «*No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 2) Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus*».

1. Art. 43º Const. argentina: «*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley (...)*».

Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año I - N.º 2 - agosto - diciembre, Lima, 2005

Como es sabido, este artículo tiene su inspiración en los artículos 43º y 86º de las Constituciones argentina y colombiana, respectivamente[1]. Se trata de un giro de 180 grados con relación a la regulación anterior (Ley N.º 23506), según la cual ante la afectación de un derecho constitucional, el amparo resultaba viable en tanto y en cuanto la víctima no hubiese «optado» por recurrir a la vía judicial ordinaria a solicitar la tutela de su derecho[2]. En otras palabras, ante la alternativa de acudir a un proceso en el que se pudiese alcanzar el mismo objetivo perseguido por el proceso de amparo[3] o acudir a éste, quedaba librada a la absoluta discrecionalidad del afectado, optar por una u otra vía, sin que el hecho de preferir el amparo derivara en causal alguna de improcedencia.

Hoy la historia es distinta. En mérito del art. 5º 2 CPConst, el proceso de amparo no es más un proceso alternativo. Se ha convertido en un proceso «excepcional» o «residual», términos que, según veremos hacia el final de estas líneas —tal vez, no sin algún exceso de rigurosidad—, nos parecen más apropiados que el de «subsidiario».

Nos proponemos realizar un análisis interpretativo del referido art. 5º 2 CPConst, en aras de determinar su finalidad y alcances, su aplicación en el tiempo y el rol que desempeña en las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional.

II. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS ARTÍCULOS 5º 1 Y 5º 2 DEL CPCONST.

Corresponde, en primer término, diferenciar las reglas de improcedencia previstas en los arts. 5º 1 y 5º 2 CPConst. Confesamos que no consideraríamos necesario detenernos —cuando menos brevemente— en distinguir los

---

Art. 83º Const. colombiana: «*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, (...) mediante un procedimiento preferente y sumario (...), la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...). Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)*».

2. Art. 6º 3 Ley N.º 23506: «*No proceden las acciones de garantía: (...) 3) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria*».
3. «*[R]eponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional*», tal como refería el art. 1º Ley N.º 23506, y establece ahora el art. 1º CPConst.
4. Art. 5º 1 CPConst.: «*No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado*».
5. Art. 38º CPConst.: «*No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento*

alcances de estos artículos, si no hubiésemos advertido —como veremos luego— alguna tendencia a confundirlos.

El art. 5º 1 CPConst[4] —que tiene singular relación con el art. 38º del mismo Código[5]— no constituye, *strictu sensu*, una «nueva» regla de procedencia de los procesos constitucionales. Se trata, tan sólo, de la especificación legislativa de un presupuesto procesal consubstancial a tales procesos, proyectado desde el propio art. 200º de la Constitución (C), y que consiste en reconocer que aquellos se encuentran orientados a proteger derechos reconocidos de manera directa (explícita o implícitamente) por la Norma Fundamental, y no derechos de origen legal o que configuran atributos subjetivos que, más allá del grado de relación que puedan ostentar con algún derecho constitucional, no se encuentran referidos a su contenido constitucionalmente protegido[6].

Así lo ha advertido el TC al sostener que «*con los dispositivos citados [arts. 5º 1 y 38º], el legislador del CPConst. no ha incorporado al ordenamiento jurídico una nueva regla de procedencia para los procesos constitucionales de la libertad. Tan sólo ha precisado legislativamente determinados presupuestos procesales que son inherentes a su naturaleza. En efecto, en tanto procesos constitucionales, el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data, sólo pueden encontrarse habilitados para proteger derechos de origen constitucional y no así para defender derechos de origen legal*»[7].

Incluso, se trata de una regla de improcedencia que pudo darse por sobreentendida a partir del mismo art. 1º CPConst, en cuanto establece que

constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo».

6. Es evidente que este objeto no es extensible al proceso de cumplimiento, motivo por el cual, a pesar de su inclusión en el art. 200º 6 del texto constitucional (desacertada, por cierto) y de su autonomía, no puede ser considerado como un proceso constitucional. Y decimos esto muy a pesar de lo expuesto por el Tribunal Constitucional (TC) en su reciente sentencia N.º 0168-2005-PC; en especial, en su FJ. 9, que parece ser el núcleo de todo cuanto más se dice en ella y en el que se señala lo siguiente: «*...conforme a los artículos 3.°, 43.° y 45.° de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos...*». Si esto fuese cierto, ¿cuál sería la diferencia entre un derecho constitucional y un derecho legal? Sinceramente, no lo sabemos. (Para una visión crítica de esta sentencia, *Cfr.* Castillo Córdova, Luis. *El proceso de cumplimiento: a propósito de un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 145, Diciembre, 2005, pp. 129 a 136).
7. *Cfr.* STC 1417-2005-PA, FJ. 8.
8. Cabría incluso aquí preguntarnos si en el ordenamiento peruano todo derecho constitucional es un derecho fundamental, para luego interrogarnos —ante una

«[l]*os procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales...*». ¡No otros; sólo los constitucionales![8].

Cierto es que el deslinde entre aquello que pertenece al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental y aquel ámbito subjetivo que, aunque tutelado por el ordenamiento, es tributario directo de la mera legalidad o, en general, del Derecho infraconstitucional, no es tarea sencilla. Haciendo alusión a la dificultad que dicha tarea conlleva, Manuel Aragón, en similar sentido al pensamiento de I. Diéz-Picazo[9], sostiene que «*[e]n materia de derechos fundamentales no hay una relación de competencia entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, sino de jerarquía. Querer sustentar la supuesta distribución competencial en la distinción entre cuestiones de constitucionalidad y cuestiones de legalidad conduce al fracaso, porque (sin perjuicio de que, cuando esa diferencia se dé netamente, el Tribunal Constitucional se autocontenga e inadmita o desestime el recurso de amparo si el problema se reduce estrictamente a la interpretación, por así decir, «legal» y no «constitucional» de la ley), resulta que en la mayor parte de los casos de amparo la distinción entre constitucionalidad y legalidad se hace prácticamente imposible, entre otras razones porque al Tribunal Constitucional le corresponde ser el intérprete supremo de la Constitución y de la constitucionalidad de la ley y porque precepto constitucional de derechos fundamentales y legislación de concreción o desarrollo de éstos forman un bloque que el Tribunal Constitucional no puede escindir y ha de utilizar para resolver*»[10].

Por su parte, y con relación al escenario alemán, Rainer Wahl y Joachim Wieland[11] destacan cómo, a su criterio, las sentencias Elfes[12] (en

---

eventual respuesta negativa a la primera pregunta — a cuál de ambos protege el amparo. Pero con ello desviaríamos de la finalidad de este artículo, en el que —con las disculpas por la falta de rigurosidad— los trataremos como sinónimos.

9. *Cfr.* Díez-Picazo Giménez, Ignacio. *El artículo 53.2 de la Constitución. Interpretación y alternativas de desarrollo*. En: Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 174 y ss.

10. *Cfr.* Aragón Reyes, Manuel. *Problemas del recurso de amparo* (Ponencia presentada en el Seminario sobre la Reforma del Recurso de Amparo, organizado por el Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, realizado el 25 de abril de 2003). En: www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-ponmar.htm

11. *Cfr.* Wahl, Rainer y Wieland, Joachm. *La jurisdicción constitucional como bien escaso. El acceso al Bundesverfassungsgericht*. En: Revista Española de Derechos Constitucional (REDC). Año 17, N.º 51, Septiembre - Diciembre, 1997, pp. 14 a 18.

12. *Cfr. BverfGE*, 6, 32 (del 16 de enero de 1957). Versión resumida y traducida al español en Schwabe, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Montevideo / Bogotá: Konrad - Adenauer - Stiftung / Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Trad. Marcela Anzola Gil, 2003, p. 20 a 22.

la que el Tribunal Constitucional Federal Alemán —TCFA— adopta un concepto sumamente amplio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, previsto en el artículo 2º 1 de la Ley Fundamental alemana, y reconoce el derecho de toda persona a solicitar, vía recurso de amparo, la exclusión del orden constitucional de una ley que «limite su libertad de actuar») y Lüth[13] (en la que se consagra la eficacia horizontal o entre particulares de los derechos fundamentales y la necesidad de interpretar también el derecho privado, *prima facie*, ordinario, de conformidad con el Derecho de la Constitución), dieron lugar a que la distinción entre derechos fundamentales y Derecho ordinario no pueda ya trazarse en el plano teórico. En concreto, estos autores refieren que «*sólo ya con el potencial de recursos que inauguran las Sentencias Elfes y Lüth, el acceso al Bundesverfassungsgericht [TCFA] se ha abierto de tal forma, la infracción de la legalidad ordinaria se ha entrelazado de tal modo con la vulneración de derechos fundamentales, que no cabe esperar que tenga éxito ningún intento de delimitación de carácter material. El resultado de estas dos líneas jurisprudenciales estriba ni más ni menos que en la imposibilidad teórica de distinguir jurídico-materialmente entre vulneración de la Constitución e infracción de la legalidad ordinaria*»[14].

Con todo, los propios autores advierten cómo el «aluvión» de amparos generado por la apertura de sus criterios, pronto dio lugar a que el propio TCFA volviera sobre sus pasos y restringiera su procedencia exigiendo que la afectación alegada se encuentre referida al ámbito protegido por un dere-

13. *Cfr. BverfGE*, 7, 198 (del 15 de enero de 1958). Versión resumida y traducida al español en Schwabe, Jürgen. Op. cit. pp. 132 a 137.
14. *Cfr.* Wahl, Rainer y Wieland, Joachm. Op. cit. pp. 16 a 17.
15. Este criterio de procedencia fue denominado «fórmula Heck», en alusión al magistrado ponente de la sentencia que le dio vida. Dicha sentencia fue expedida el 10 de junio de 1964 (*BverfGE* 18, 85) y a partir de entonces ha sido recurrentemente traída a colación por el TCFA con el ánimo de advertir que sí existe una línea a trazar entre constitucionalidad y legalidad.
En la sentencia se señala lo siguiente: «*La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales son asuntos de los tribunales competentes para tal efecto, y se encuentran sustraídos de la revisión posterior por parte del Tribunal Constitucional Federal; sólo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional Federal entrar a conocer el asunto en el marco de un recurso de amparo (...). No se considera, por tanto, que se ha violado el derecho constitucional específico cuando una sentencia es objetivamente errónea desde el punto de vista del derecho ordinario; el error debe recaer directamente en la omisión de los derechos fundamentales (...). [L]os procesos de subsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos del examen posterior del Tribunal Constitucional Federal, siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación*

cho «específicamente constitucional»[15]. Al establecer el concepto, antes que dar por solucionada cualquier problemática, el TCFA se exige a sí mismo un esfuerzo hermenéutico en aras de no identificar necesariamente la errónea aplicación del Derecho con la afectación de un derecho constitucional. Ambos implican quebrantar el orden jurídico, pero, sin duda, no son sinónimos.

Consideramos que si bien las citas de los autores recién reseñados, son adecuadamente descriptivas de algunas de las causas que pueden tornar compleja la distribución entre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y cualquier otro ámbito protegido por el Derecho, no son justificativas para condenar de antemano dicho intento al «fracaso», a carecer de éxito alguno o considerarlo «prácticamente imposible».

Sin perjuicio de los interesantes criterios utilizados por los profesores Bustamante Alarcón[16] y Castillo Córdova[17] para determinar la esfera protegida por los derechos reconocidos en la Norma Fundamental, entendemos que el punto de inicio para emprender dicha labor se encuentra en la adecuada comprensión de la estructura de los derechos fundamentales (disposición, norma y posición de derecho fundamental), para que, a partir de ello, en aplicación de un ejercicio interpretativo —objetivable sólo mediante los límites consubstanciales a la metodología hermenéutica, y a través de la doctrina del precedente—, cada caso concreto sirva para identificar las normas adscritas a cada disposición constitucional que reconoce un derecho fundamental, configurando el contenido constitucionalmente protegido por éste[18].

---

relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto.» (*Vid.* Schwabe, Jürgen. Op. cit. p. 6).

Es imposible soslayar las grandes similitudes que existen entre la referencia a un «derecho específica o directamente constitucional», instituida por el TCFA, y la alusión a la necesidad de acusar afectaciones referidas «en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado» (art. 5º 1 CPConst) o «con sustento constitucional directo» (art. 38º CPConst), establecida por el legislador del CPConst, para determinar la procedencia de la demanda de amparo.

16. *Cfr.* Bustamante Alarcón, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo.* Lima: Ara Editores, 2001, pp. 113 y ss.
17. *Cfr.* Castillo Córdova, Luis. *Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales.* En: Actualidad Jurídica. N.º 139, Lima, 2005, pp. 144 a 149.
18. Sobre la diferenciación entre disposición, norma y disposición de derecho fundamental, *Cfr.* Alexy. Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 48 a 73; Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos

Lamentablemente no es este el lugar en el que tengamos posibilidad de extendernos sobre el particular. Baste señalar que, aunque podamos compartir que en el plano teórico el asunto alcanza ribetes de singular complejidad, no se trata de un cometido utópico, sino, por el contrario, plenamente verificable a la luz de cada caso concreto, y objetivable a modo de principio bajo la técnica del precedente. Siendo además imprescindible al momento de calificar la procedencia de la demanda, delimitando la competencia material del proceso de amparo.

Por ello, entendemos saludable que el legislador del CPConst. haya recalcado este presupuesto en el art. 5º 1 CPConst. Es preciso que la judicatura deje de concebir al amparo como un proceso sobredimensionado, protector, incluso, de derechos legales; es decir, como un proceso, por así decirlo, «a la mexicana»[19].

Problemas como estos, fueron los que llevaron a que, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español, el art. 121º 2 de la Ley N.º 29/1998[20], del 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, establezca: «*La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (...) y como consecuencia de la misma, vulneren un derecho de los suscep-*

y Constitucionales, 2003, pp. 75 a 84; Borowski, Martín. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 26 a 30. También, *Vid.* STC 1417-2005-PA, FF. JJ. 23 a 27.

19. Y es que tal como refiere Héctor Fix-Zamudio «*en el amparo mexicano podemos descubrir cinco funciones diversas, ya que puede utilizarse para la tutela de la libertad personal; para combatir las leyes inconstitucionales; como medio de impugnación de las sentencias judiciales; para reclamar los actos y resoluciones de la administración activa, y finalmente para proteger los derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de la reforma agraria*» (*Cfr.* Ensayos sobre el derecho de amparo. México D.F UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 30). Con excepción de los dos primeros, en el resto de supuestos la judicatura mexicana no se detiene en una valoración constitucional del asunto, sino que tiene competencias para examinar su legalidad. Así, por ejemplo, el amparo contra resoluciones judiciales es concebido como un recurso casatorio, en el que cabe reclamar, además de la afectación de derechos fundamentales, la indebida interpretación de la ley por parte del juez. (*Cfr.* Op. cit. pp. 39 a 41).

20. El Capítulo I de esta Ley, se inserta dentro de la gama de diversos dispositivos (entre ellos, el art. 518º de la Ley Orgánica 2/1989; los arts. 175 a 182º del Real Decreto Legislativo 2/1995; y el art. 249º de la Ley 1/2000) que configuran legislativamente los procesos basados en los principios de preferencia y sumariedad a los que el artículo 53º 2 de la Constitución española (CE) reserva la protección *ab initio* de los derechos fundamentales («amparo judicial»), bajo el presupuesto de que su «*tutela general*» (art. 41º de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional español –LOTCE–) corresponde a los Tribunales ordinarios y, sólo subsidiariamente, al Tribunal Constitucional español (TCE), a través del denominado «amparo constitucional».

tibles de amparo». Al respecto, María Luz Martínez Alarcón señala que dicho artículo «*pretende, a pesar de los confusos términos en los que aparece redactado el mismo, dar respuesta a unos de los más graves problemas que se había planteado (...) y que ya había sido apuntado por una parte de la doctrina: la imposibilidad o cuando menos grave dificultad para discernir dónde terminaba la infracción genérica del ordenamiento jurídico y dónde comenzaba la estricta violación del derecho fundamental*»[21].

Es pertinente agregar que para aplicar el art. 5º 1 CPConst, y en mérito suyo, declarar la improcedencia de la demanda de amparo, no es necesario ingresar en ningún juicio probatorio. En otras palabras, para tal efecto, no es preciso valorar la veracidad de cuanto ha sido mencionado en la demanda, sino tan sólo determinar que el ámbito que se acusa violado no encuentra sustento en el contenido normativo de los derechos reconocidos por la Constitución.

Así como no cabe, insistimos, que se conciba al art. 5º 1 CPConst. como una regla de improcedencia incorporada *ex novo* por el CPConst, tampoco se justifica confundirla con la prevista en el inciso 2 del mismo artículo. Como quedó dicho, el inciso 1 exige que el derecho afectado se encuentre directamente reconocido por la Constitución y, desde luego, que el ámbito subjetivo que se considera lesionado pertenezca al contenido protegido por dicho derecho; por su parte, el inciso 2, inhabilita el amparo constitucional en aquellos supuestos en los que, a pesar de encontrarse cumplidos los anteriores requisitos, pueda alcanzarse igual satisfacción constitucional en otro proceso.

Es posible que un ejemplo ayude a clarificar cuanto se acaba de afirmar. Imaginemos que un trabajador, luego de haber entrado en vigencia el CPConst, presenta una demanda de amparo alegando una vulneración de los arts. 10º y 11º C, puesto que, a pesar de haber cumplido con los requisitos legales de acceso al sistema de seguridad social (ser trabajador formal en actividad pública o privada, dependiente o independiente), su empleador no ha llevado a cabo la respectiva incorporación; en consecuencia, solicita que se ordene a éste obrar en dicho sentido. A nuestro entender dicha demanda sería improcedente, pero no por aplicación del art. 5º 1 CPConst, sino del 5º 2. Y es que a pesar de que la relevancia constitucional del asunto —de conformidad con el numeral 1 del FJ. 37 de la STC

21. *Cfr.* Martínez Alarcón, María Luz: *Nota sobre la dualidad de vía (alternatividad) para la protección de los derechos fundamentales en el contencioso-administrativo.* En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N.º 107, Enero-Marzo 2000, p. 221, nota 19.

22. Dice así el FJ. 37. 1) de la STC 1417-2005-AA: «*forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar*

1417-2005-PA— se encuentra fuera de discusión[22], la falta de necesidad de una tutela de urgencia (¿qué urgencia reviste iniciar un período de aportación pensionaria que sólo generará beneficios concretos luego de varios años?) justifica que el asunto sea ventilado en la vía ordinaria, en la que, demostrada la veracidad de cuanto se afirmó en la demanda, el recurrente alcanzará igual satisfacción a su pretensión.

Se trata, pues, de dos presupuestos procesales distintos y que deben ser observados preclusivamente, de manera tal que, sólo cumplido el primero, pueda ingresarse a valorar el segundo. Este orden no sólo deriva del modo enumerativo en el que han sido expuestos en el art. 5º CPConst, sino también de un detenido análisis del inciso 2, en el que se expone que la pertinencia de la vía procesal distinta del amparo, lo sea «*para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado*». Dicho de otro modo, un requisito inexcusable para ingresar en la evaluación de si resulta aplicable o no el art. 5º 2 CPConst, es que no queden dudas de que la esfera subjetiva que se acusa afectada o amenazada pertenezca al contenido protegido por un derecho previsto en la Constitución. Si esto último no se cumple, la demanda será improcedente, pero no en aplicación del art. 5º 2 CPConst, sino del art. 5º 1. Que se respete este orden analítico tendrá repercusiones relevantes en la jurisprudencia constitucional. Pues si se actuara del modo contrario, es decir, evaluando primero la existencia o no de una vía igualmente satisfactoria para proteger aquello que se alega afectado, sin haber determinado previamente si se subsume en el contenido normativo de un derecho fundamental, en muchos casos, se perderá la oportunidad de que el TC continúe delineando interpretativamente las normas adscritas (ámbito normativo protegido) a los preceptos constitucionales que reconocen tales derechos, al margen de si luego de ello entienda aún improcedente la demanda, en aplicación del art. 5º 2 CPConst.

Y es que si se tiene en cuenta que la determinación de tales normas adscritas, pasa, necesariamente, por la interpretación de las disposiciones constitucionales que reconocen derechos, se llegará fácilmente a la conclusión de que la resolución en la que el TC delimite el ámbito protegido por un derecho fundamental —a pesar de la declaración de improcedencia de la demanda en virtud del 5º 2 CPConst— tendrá efectos vinculantes, en aplica-

inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social».

23. No obstante, consideramos que lo expuesto no es óbice para que una vez emitida reiterada jurisprudencia con relación a un mismo supuesto referido al contenido normativo de un derecho fundamental susceptible de ser protegido debidamente por la jurisdicción ordinaria, el TC, en aras de ahorrar tiempo y esfuerzo, acuda

ción del segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst, que establece que los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales «*conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones* [entiéndase, autos o sentencias] *dictadas por el Tribunal Constitucional*»[23].

Debe reiterarse que esta forma de actuación no significa que el art. 5º 1 CPConst. imponga previamente al juez constitucional constatar la efectiva afectación de un derecho fundamental, para luego renunciar a su protección en aplicación del art. 5º 2. La existencia de relevancia constitucional en lo que se alega en la demanda, no implica ningún grado de evaluación sobre la eventual estimación o desestimación del petitorio, puesto que tal relevancia nada dice sobre la titularidad del derecho, ni menos aún sobre la efectiva existencia del acto reclamado o su lesividad.

A pesar de las sendas distancias entre las dos reglas de procedencia comentadas, la confusión parece haber sido inevitable. Lo curioso es que parece que de ella ha sido víctima incluso algún autor del CPConst, cuando señala que el artículo 6º 3 de la Ley N.º 23506 «*facilitó la indebida utilización del amparo por muchos litigantes, aprovechando su carácter de proceso de tutela de urgencia, para la discusión de asuntos que, en estricto, no suponían la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho o, incluso, ni siquiera de un derecho directamente constitucional. Hubo, sin lugar a dudas, un exceso de amparos que abarrotaron los estrados judiciales. Es por ello positivo que el Código Procesal Constitucional, en el artículo 5 numeral 2, establezca que el amparo será improcedente cuando `existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección del dere-*

directamente al art. 5º 2 CPConst. para declarar la improcedencia de la demanda. Pero —insistimos— ello sólo resultaría pertinente una vez que el TC tenga jurisprudencialmente consolidada su posición en torno al alcance constitucional del asunto.

De este modo, a pesar de que en aplicación del art. 5º 2 el asunto deba ser conocido por la jurisdicción ordinaria, ésta se encontrará al tanto del rango constitucional directo de la temática, debiendo merituar el asunto atendiendo a las consecuencias que de dicha constatación derivan, las cuales, siendo diversas, van desde una tramitación preferente hasta la incorporación al análisis de los singulares criterios de interpretación constitucional y de interpretación de los derechos fundamentales. (Con relación a los primeros, *Cfr.* Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 33 y ss. También, *Vid.* STC 5854-2005-PA, F.J 12. Respecto de los segundos, *Cfr.* Carpio Marcos, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra, 2004).

24. *Cfr.* AA.VV. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico.* Lima: Palestra, 2004, pp. 68 a 69 la inexistente

cho constitucional amenazado o vulnerado... ´. En consecuencia, el amparo adquiere un carácter excepcional o residual, atendiendo a su naturaleza de proceso constitucional y no ordinario destinado a la protección de un derecho constitucional, cuando se afecta el contenido constitucionalmente protegido del mismo y no aspectos secundarios o de índole legal, asuntos que deben ventilarse por las vías procesales comunes»[24].

La confusión salta a la vista. Se pretende justificar la pertinencia del art. 5º 2 CPConst, en base a las razones que, antes bien, son las que explican la existencia del art. 5º 1, puesto que no se comprende en qué medida la incorporación de un amparo residual contribuye a que el justiciable o, en su caso, la judicatura, comprendan mejor cuándo se está ante el contenido constitucionalmente protegido de un derecho y cuándo ante un asunto que no alcanza relevancia constitucional.

El mismo atisbo de confusión se ha apreciado en algunos comentarios doctrinales emitidos con ocasión de la expedición de la STC 1417-2005-PA, al considerar que dicha resolución tiene alguna vinculación con la actual residualidad del amparo constitucional[25].

La STC 1417-2005-PA se ocupa del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión (art. 11º C), es decir, de sentar pautas con relación a las pretensiones que, por encontrarse referidas a dicho contenido, cumplen con el presupuesto procesal del artículo 5º 1 CPConst. Sin embargo, nada dice, —y desde luego, no aplica— el art. 5º 2. Y es que —según explicaremos en el siguiente acápite— no podría haberlo hecho, puesto que la demanda que dio lugar a dicho proceso fue planteada antes de la entrada en vigencia del CPConst. De hecho, con la aplicación de la cláusula de residualidad, según hemos referido líneas arriba, algunas de las pretensiones que son consideradas por la sentencia como pertenecientes al contenido normativo de derecho a la pensión, tendrían que ser conocidas

relación que pretende defenderse entre el art. 5º 2 CPConst. y el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, no ha sido corregida por los autores en la segunda edición del libro (Lima: Palestra, 2005, p. 72).

25. *Vid.* Montoya Chávez, Victorhugo. *Amparo subsidiario y vías igualmente satisfactorias.* En Diálogo con la Jurisprudencia. N.º 82, Año 11, Julio, 2005, pp. 53 a 61. También, *Vid.* Luna Cervantes, Eduardo. *Avances de la jurisprudencia constitucional en la residualidad del amparo. La configuración legal del derecho a la pensión y algunas riesgosas interpretaciones respecto a la eficacia de los derechos sociales.* En: Diálogo con la Jurisprudencia. N.º 83, Año 11, Agosto 2005, pp. 39 a 45.
Sin perjuicio de reconocer que en ambos trabajos hay interesantes aportes para el estudio tanto de la residualidad del amparo como del contenido protegido de los derechos constitucionales.

26. *Vid.* nota 22, *supra.*

en el proceso contencioso-administrativo (*v.g.* la establecida en el numeral 1 del FJ. 37[26]).

III. LA RESIDUALIDAD EN EL TIEMPO.

La Segunda Disposición Final (SDF) del CPConst. establece: «*Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado*».

Dicha disposición, así como la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil, expresa, a nivel positivo, la regla pacíficamente aceptada por la doctrina procesal, conforme a la cual el proceso es una secuencia de actos singulares (procedimiento), cada uno de los cuales se regula por la ley vigente al momento de su verificación o ejecución[27]. En otras palabras, la ley procesal resulta aplicable a los actos cuya realización tenga lugar luego de la entrada en vigencia de dicha ley, más no a aquellos actos realizados con anterioridad a tal evento.

Sin embargo, una regla como la expuesta debe ser interpretada de conformidad con el derecho fundamental al procedimiento preestablecido por la ley, previsto en el art. 139º 3 C. Este derecho no tiene mayor registro en el orden constitucional comparado, no obstante lo cual, por encontrarse recogido en nuestra Constitución, es preciso adjudicarle el rango respectivo, con las consecuencias que ello pudiera generar.

El ámbito protegido por dicho derecho constitucional debe ser determinado a la luz del principio de seguridad jurídica. Sobre el particular, el TC ha referido que «[*e*]*l principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STCE 36/*

27. *Cfr.* Devis Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso.* Tomo I. Buenos Aires: Universo, 1984, p. 154; Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso.* Bogotá: Themis, 1984, p.103; Parra Quijano, Jairo. *Derecho Procesal Civil.* Tomo I. Bogotá: Themis, 1992, p. 88.

1991, FJ 5). (...) Así pues, (...) la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general (...) y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, parágrafo d) (...) y 139º, inciso 3, («Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, (...)»[28].

En tal sentido, el derecho al procedimiento preestablecido por la ley no puede ser concebido como el derecho al respeto inexorable de todas y cada una de las reglas procesales que se encontraban vigentes al momento en el que el proceso fue promovido, pero sí como el derecho a que dicha mutabilidad no supere el margen de lo razonable, en atención a la expectativa formada por el justiciable al inicio de la causa.

Tal expectativa tiene su primera materialización al interior del proceso, en el derecho a que, cumplidos los requisitos de admisibilidad positivizados al momento de su presentación, la demanda sea tramitada, así como en el derecho a lograr un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, satisfechos los presupuestos procesales previstos en la misma fecha. De ahí en adelante, no sería posible que cualquier ampliación de tales elementos alcance al recurrente previamente incurso en el proceso, so pena de mellar el derecho al procedimiento predeterminado por la ley, además de restringir más allá de lo constitucionalmente aceptable el derecho fundamental de acceso a la justicia, como manifestación implícita del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (art. 139º 3 C), y actualmente previsto en el ordenamiento legal como componente de la denominada «tutela procesal efectiva» (art. 4º CPConst[29]).

Lo expuesto, desde luego, no significa que pertenezca al contenido protegido del derecho constitucional al procedimiento preestablecido por la ley, la petrificación *pro futuro* de «todas» las disposiciones procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, pues una visión tan estricta no sólo contravendría el principio conforme al cual ningún derecho constitucional tiene carácter ilimitado, sino que incluso llevaría al absurdo de negar a las partes la posibilidad de someterse a disposiciones

28. STC 0016-2002-AA, FF.JJ. 3 y 4. El subrayado es nuestro.
29. Art. 4º CPConst: «*El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y*

procesales más beneficiosas a su causa en mérito a que ellas cobraron vigencia luego de la instauración del proceso.

Así las cosas, consideramos inconstitucional la interpretación de la SDF CPConst, en virtud de la cual se considere aplicable el art. 5° 2 CPConst. a los procesos cuya demanda se encontraba ya tramitada en el momento en que el Código entró en vigencia (1 de diciembre de 2004)[30]. Prohibición que, desde luego, no alcanza al artículo 5º 1, por ser consubstancial al proceso de amparo previsto en la Constitución, y, consecuentemente, anterior al CPConst.

Debe quedar claro, sin embargo, que la referida SDF CPConst, no adolece de vicio de inconstitucionalidad en lo que establece, sino, en todo caso, en lo que deja de establecer. Motivo por el cual, dejando de lado, por inconstitucional, la norma implícita que se deriva de ella, la referida disposición debe ser interpretada en el sentido de que los preceptos del CPConst. resultan inmediatamente aplicables a todos los procesos constitucionales, incluso a aquellos que se encontraban en trámite el 1 de diciembre de 2004, con las excepciones expresamente en ella contempladas y aquellas que se derivan de su interpretación «conforme a la Constitución»; específicamente, conforme al derecho fundamental al procedimiento preestablecido por la ley.

IV. LAS INTERPRETACIONES DEL ARTÍCULO 5º 2 DEL CPCONST.

Con lo hasta aquí dicho, sin embargo, aún no hemos abordado el punto neurálgico que trae consigo el art. 5º 2 CPConst, y que puede quedar resumido en la siguiente pregunta: ¿cuándo una vía procesal es «*igualmente sa-*

el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal».

30. Por ello, no nos queda más que reprobar que en la STC 0206-2005-PA, el TC haya optado por aplicar dicha cláusula en un proceso iniciado antes de la entrada en vigencia del CPConst.

tisfactoria» al proceso de amparo «*para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado*»?

Consideramos —a efectos de no desatender el importante rol que debe cumplir la jurisprudencia constitucional en la adecuada protección de los derechos fundamentales, tanto como derechos individuales (faz libertaria), así como garantías institucionales de la estabilidad y consolidación constitucional (faz valorativo-institucional)— que el asunto debe ser abordado desde una doble perspectiva: subjetiva y objetiva. Por lo demás, entendemos que la dualidad de la lectura viene impuesta por la también doble dimensión de los procesos constitucionales, los cuales, más allá de sus «naturales» propósitos (objetivos, en el caso de los procesos constitucionales «a la norma», y subjetivos, en lo que a los procesos constitucionales «al acto» se refiere), en última instancia, se fusionan en una única finalidad: garantizar la plena vigencia de la Constitución, cuyas disposiciones —en su totalidad—, por vía directa o indirecta, se encuentran orientadas a resguardar los derechos fundamentales[31]. Es por ello que Gustavo Zagrebelsky, refiere que las dos vocaciones del proceso constitucional, son «*mezclas que se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte el abandono o la violación del otro*»[32].

A su vez, tal como buscaremos sustentar en las próximas páginas, cada una de las perspectivas (subjetiva y objetiva) puede ser enfocada desde un punto de vista formal (que supone un análisis abstracto de la legislación procesal aplicable a cada caso) y sustancial (que implica el análisis cualitativo de la relevancia constitucional fundamental que cada caso concreto pueda tener, sea para la protección específica de quien se considere afectado en sus derechos fundamentales, sea para la consolidación del derecho fundamental en la integridad del ordenamiento jurídico y del orden social), dando lugar, en suma, a cuatro fórmulas interpretativas y, por ende, aplicativas, del art. 5º 2 CPConst: subjetivo-formal, subjetivo-sustancial, objetivo-formal y objetivo-sustancial. Revisemos cada una de ellas.

31. Como bien apunta Manuel Aragón Reyes: «*En realidad, no hay dos objetivos que la Constitución deba cumplir, sino uno, puesto que sólo de una manera (mediante el Estado Constitucional) puede el poder organizarse para garantizar la libertad. El único fin de la Constitución es, pues, la libertad (la libertad en igualdad); la división de poderes es sólo una forma de asegurarla*». (*Cfr. La Constitución como paradigma*. En: AA. VV. El significado de la Constitución. México D.F: UNAM, 1998, p. 21).

32. Zagrebelsky, Gustavo. *¿Derecho Procesal Constitucional?*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. N.º IV, Diciembre, 2001. Lima: Estudio Monroy, p. 404. Sobre

A) Interpretación subjetivo-formal.

A partir de una comprensión subjetivo-formal del art. 5º 2 CPConst, para que una vía ordinaria pueda ser considerada tan satisfactoria como el amparo, debe encontrarse orientada - en abstracto- a conseguir la satisfacción del interés subjetivo inherente al proceso de amparo, es decir, situar al afectado o amenazado, en posición idéntica o sustancialmente idéntica a aquella en la que se encontraba antes de que la violación o amenaza tuviera lugar. Ello, desde luego, no descarta las vías en las que puedan conseguirse fines adicionales o accesorios al mencionado.

No obstante, si solamente fuese este el elemento a tener en cuenta, sencillamente, no existiría causa revisable a través del proceso constitucional que situados en el plano etéreo, teórico o meramente teleológico, prácticamente, toda pretensión en el amparo tendrá satisfacción en algún proceso ordinario, sea civil, laboral, contencioso-administrativo o de alguna otra índole.

Así pues, abordar el asunto desde esta orientación sólo será útil para cubrir un requisito formal exigido también por el artículo 5º 2 CPConst, consistente en que, para efectos de su aplicación, la vía ordinaria deberá ser «específica», es decir, autónoma y claramente configurada por el ordenamiento jurídico.

Es pertinente detenerse aquí, entonces, en un requisito para habilitar el amparo que suele exigirse por la judicatura argentina, y que ha sido bien

---

la doble dimensión de los procesos constitucionales, puede revisarse también la STC 0020-2005-AI / 0021-2005-AI (acumulados), FF. JJ. 16 a 18.

Cabe mencionar que Pablo López Pietsch defiende la tesis de que no existe una necesaria correspondencia entre la dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales, y la dimensión subjetiva y objetiva de los procesos constitucionales. En efecto, el autor señala que «*una cosa es el contenido de un determinado derecho fundamental (vertiente subjetiva/objetiva del derecho), y otra bajo qué condiciones se va a proteger ese derecho cuando se alegue su vulneración mediante el recurso de amparo (vertiente subjetiva/objetiva del recurso de amparo)*» (*Cfr. Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español*. Año 18, N.º 53, Mayo – Agosto, 1998, p. 143). Desde un punto de vista rigurosamente técnico la afirmación parece tener sustento. Empero, la subjetivación del amparo suele encontrarse referida a aquellos supuestos en los que el proceso reduce su finalidad a la protección individual del agredido, mientras que por objetivación del amparo se alude a la necesidad de que éste se encuentre orientado a asegurar la plena vigencia del derecho en la integridad del ordenamiento o a resolver aquellos casos de especial relevancia social, es decir, cuando la cuestión controvertida trasciende de los intereses de la persona afectada. Por ello, para los fines de nuestro análisis asumiremos la vertiente subjetiva del proceso de amparo como aquella puesta fundamentalmente al servicio de la faz libertaria o individual del derecho, y su vertiente objetiva como aquella dirigida a garantizar la presencia del derecho como valor o institución proyectada en la sociedad toda.

recibido por un sector de la doctrina, pero que si no se le entiende en sus justos alcances, puede llevar a alguna confusión de consecuencias trascendentes. Un par de citas serán de utilidad para explicarnos.

Néstor Pedro Sagüés, sostiene, por ejemplo, lo siguiente: «*Si se acepta al amparo o tutela como ruta procesal subsidiaria, la acreditación de la inexistencia de otras vías para atender al derecho constitucional lesionado, o en su caso, de la falta de idoneidad de ellas para protegerlo adecuadamente (es decir, la presencia de agravio irreparable si ellas se usan), importa como regla un requisito o presupuesto de admisibilidad formal, cuya demostración compete al promotor de tutela, como carga procesal suya*»[33]. En similar sentido, Eloy Espinosa-Saldaña, reseñando una tendencia hoy consolidada en la jurisprudencia argentina, refiere: «*La evaluación de la irreparabilidad del daño, debía hacerse con criterio objetivo, sin poder alegarse a la demora normal propia de cada proceso, los inconvenientes y molestias habituales para quien debe iniciar un proceso ordinario o la inactividad del afectado para plantear oportunamente los medios ordinarios de tutela de sus derechos como elementos para justificar la inmediata interposición de una demanda de Amparo. Era responsabilidad del demandante de Amparo alegar y probar que no existen otras vías idóneas para tutelar su derecho, si no su demanda será declarada inadmisible*»[34].

Una errónea lectura de lo expuesto por estos reconocidos profesores (y que se deja entrever en diversas sentencias dictadas por la Corte Suprema Argentina[35]), llevaría a la conclusión de que son dos cosas las que deben correr por cuenta del recurrente: por un lado, la demostración de que no existe otra vía regulada por el ordenamiento que permita conseguir aquello que pretende (lo que supondría exigirle un conocimiento más o menos claro de la legislación procesal que resulte pertinente), y, de otro, la demostración (*prima facie*, claro está) de que, en atención a las concretas circunstancias del caso, existe riesgo razonable de que el daño, producido o por producirse, se torne irreparable.

33. *Cfr.* Sagüés, Néstor Pedro. *El rol subsidiario de la acción de amparo.* En: Prudentia Iuris. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Mayo, 1993, p. 53.
34. *Cfr.* Espinosa-Saldaña, Eloy. *La consagración del amparo residual en el Perú. Sus alcances y repercusiones.* En: AA. VV. Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Lima: Jurista, 2005, pp. 151 y 152.
35. Para revisar algunos ejemplos, *Vid.* Revista Jurídica *La Ley*. Buenos Aires, 1983-B-100 y 1987-B-242.

A nuestro criterio, lo que en estricto debe pesar sobre los hombros del justiciable es sólo lo segundo. Y no por un exceso de «paternalismo jurisprudencial», sino porque pretender que sea el individuo —y no el juez— quien deba sustentar la inexistencia en el ordenamiento procesal de vías idóneas para satisfacer su pretensión, significa invertir la presunción que da lugar al principio *iura novit curia* —aplicable en todo proceso, y no sólo en los constitucionales—, conforme al cual el juez debe aplicar el derecho (procesal o sustantivo) que corresponda al proceso, «*aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente*» (art. VIII Título Preliminar CPConst).

Es justamente una aplicación del art. 5º 2 CPConst. contraria al criterio recién expuesto, la que está llevando a la judicatura a rechazar liminarmente demandas de amparo, sin tener siquiera la mínima consideración de comunicar al demandante cuál es aquella supuesta vía igualmente satisfactoria en virtud de la cual sólo se le ha permitido mirar la puerta del proceso de amparo sin poder abrirla.

Y consideramos que este problema no es de ribetes simplemente legales, puesto que afecta el canon de *suficiencia argumentativa* exigible a toda resolución judicial, so pena de vulnerar el derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales (art. 139º 5 C); además de incidir sobre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (art. 139º 3 C), puesto que, como tempranamente expuso el TCE, para que la tutela judicial sea efectiva «*ha de ser explícita y fácilmente determinable, y no se puede obligar a un litigante a que averigüe y casi adivine en el conjunto del complejo ordenamiento procesal qué medios tiene para obtener la protección de sus derechos e intereses legítimos*»[36].

En tal sentido, entendemos que lo que verdaderamente constituye carga para el recurrente (entre otros factores, como demostrar la titularidad del derecho y la existencia del acto reclamado), es acreditar que, a la luz de las circunstancias del caso, existe un alto grado de posibilidades de que el daño constitucional alegado se torne irreparable. Este elemento, que podríamos denominar «factor de urgencia», será el protagonista del análisis subjetivo-sustancial del art. 5º 2 del CPConst. que expondremos en el acápite siguiente.

Finalmente, cabe otra interpretación subjetivo-formal de la cláusula de residualidad, ya no desde la perspectiva del modo cómo se encuentran reguladas las vías ordinarias, sino atendiendo a las particularidades del proceso de amparo. En efecto, el legislador del CPConst, atendiendo a la especialización

36. STCE 30/1984, FJ. 3

de la jurisdicción constitucional de los derechos fundamentales, ha dotado a ésta de una serie de mecanismos que no encontraremos en ningún proceso ordinario. Y, evidentemente, no nos referimos a las medidas cautelares (art. 15º CPConst) ni a la actuación inmediata de la sentencia (segundo párrafo art. 22º CPConst), pues ambas herramientas (más la primera que la segunda), también podremos encontrarlas en determinadas vías judiciales ordinarias.

Hacemos alusión, por ejemplo, a los distintos mecanismos que ofrece la actual legislación procesal constitucional para exigir el cumplimiento de una sentencia (art. 22º y 59º CPConst[37]), a su obligatoria tramitación preferente (art. 13º CPConst[38]) y a la posibilidad de reprimir, sin necesidad de instaurar un nuevo proceso principal, actos homólogos a aquél que dio lugar a la interposición de la demanda de amparo (art. 60º CPConst[39]).

Ninguna de estas peculiaridades del proceso constitucional, es compartida por los procesos ordinarios, de modo tal que si circunscribimos el análisis comparativo a estos factores, difícilmente encontraremos una vía que goce

37. Art. 22º CPConst: «*(...). Para su cumplimiento [el de la sentencia], y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución. El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente. El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial (...)*». Art. 59º CPConst: «*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado. Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el Juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo. Transcurridos dos días, el Juez ordenará se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El Juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, conforme a lo previsto por el artículo 22 de este Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario. (...)*».
38. Art. 13º CPConst: «*Los jueces tramitarán con preferencia los procesos constitucionales. La responsabilidad por la defectuosa o tardía tramitación de estos, será exigida y sancionada por los órganos competentes*».
39. Art. 60º CPConst: «*Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez*

de las mismas capacidades del proceso constitucional de amparo para satisfacer la pretensión.

Empero, si así actuáramos, nuevamente estaríamos realizando un estudio abstracto de una regla que exige un examen concreto, es decir, a la luz de las circunstancias del caso. Y es que si —como se verá a continuación— el proceso de amparo ha pasado a ser un proceso de urgencia, resulta evidente que las particularidades recién reseñadas, son privativas de esta clase de vías y no extensibles a procesos que, sin perjuicio de encontrarse «equipados» para la protección de derechos constitucionales, no requieren gozar de un *plus* de medios heroicos de protección, por el sencillo motivo de que no tendrán que enfrentarse a aquellas causas reservadas al proceso de amparo por el apremio que les es inherente.

B) Interpretación subjetivo-sustancial.

El proceso de amparo tiene tres prepuestos o exigencias procesales consubstanciales a su naturaleza y finalidad: a) que el derecho que se alega afectado sea constitucional; b) que se encuentre acreditada su titularidad; y, c) que también lo esté la existencia del acto reclamado[40].

Ello ha sido expuesto en estos términos por el TC: «*[m]ediante este proceso [el de amparo] no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto cuestionado. De ahí que este remedio procesal, en buena cuenta, constituya un proceso al acto, en el que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional. Como dice Juventino Castro [El sistema del derecho de amparo, Editorial Porrúa, México 1992, Pág. 169] `en el (...) am-*

de ejecución. Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente».

40. Es cierto, sin embargo, que a estas reglas de procedencia se pueden sumar otras, ya no consubstanciales, sino instituidas por una política legislativa desenvuelta dentro del marco de lo constitucionalmente posible. Nos referimos, por ejemplo, a la necesidad (salvo determinadas excepciones) de agotar la vía administrativa previa (5º 4 CPConst), a la previsión de un plazo de prescripción (art. 5º 10 CPConst), entre otras. (Sobre las reglas de procedencia del amparo *Cfr.* —por todos— Abad, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 100 a 131).

paro hay dos hechos a probar esencialmente: la existencia del acto reclamado, que en ocasiones es una cuestión de hecho, y su constitucionalidad o inconstitucionalidad, que generalmente es una cuestión de derecho, valorable finalmente por el juzgador´. Por ello, si en el amparo no hay conflicto de derechos e intereses `subjetivos´ contrapuestos entre partes, ello es porque los términos de la controversia giran fundamentalmente en torno a una cuestión de interpretación constitucional. Y, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal Alemán, dicha interpretación `tiene la naturaleza de un disenso en el que se mencionan los argumentos a favor y en contra y finalmente se llega a una resolución de acuerdo con las mejores´ [BverfGE, 82, 30 (38-39)]. La inexistencia de la estación de pruebas, por tanto, no se deriva de la naturaleza sumaria y breve del amparo, sino de la finalidad y el objeto del proceso»[41].

Así pues, desde luego, incumplida alguna de las reglas de procedencia, la demanda será declarada improcedente. Sin embargo, una vez constatada su existencia, el asunto se reduce a una valoración de puro derecho, consistente en evaluar si el acto reclamado incide o no en el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental titularizado por quien se dice afectado. De ser así, la demanda será estimada. En caso contrario, será declarada infundada.

Entre los presupuestos procesales inherentes al proceso de amparo, no hemos mencionado la necesidad de sustentar el denominado «factor de urgencia». ¿Por qué?. La respuesta es sencilla: porque no lo es. Incorporar ese requisito es un asunto de política legislativa.

Y es que una cosa es afirmar que el amparo es un proceso sumario —que lo es[42]— y otra muy distinta afirmar que, «de modo natural», todo lo que en él se resuelve exige absoluta sumariedad. Decir que el proceso de amparo se encuentra destinado a la protección de derechos constitucionales, no es sinónimo de afirmar que se configura como una «tutela jurisdiccional de urgencia»[43], por el sencillo motivo de que no toda causa en la que se encuentre en debate la posible vulneración de un derecho constitucional exige una resolución ¡urgente!. Varias sí, pero no todas.[44]

41. STC 0976-2001-AA, FF.JJ. 3.
42. *Vid.* arts. 53º, 57º, 58º, 18º y 20º CPConst (en ese orden).
43. Sobre este concepto, *Vid.* Cairo, Omar. *Justicia constitucional y proceso de amparo*. Lima: Palestra, 2004, pp. 174 a 179.
44. Como se deduce de la naturaleza del amparo, su sumariedad deriva de la cuestión de mero derecho que se discute en él, pero no necesariamente del hecho (incuestionable, por cierto) de que se encuentra orientado a proteger derechos constitucionales, pues —insistimos— no toda afectación de un derecho constitucional requiere una resolución sumaria.

De este modo, que la afectación o amenaza de un derecho constitucional requiera una tutela de urgencia es una presunción *iuris tantum*, sólo susceptible de convertirse en una presunción *iure et de iure,* si no se exige constitucional o legislativamente al demandante acreditar, siquiera *prima facie*, la necesidad de acudir a un proceso sumarísimo como el amparo, para tutelar su derecho constitucional.

Cuando el legislador del CPConst. ha previsto en su art. 5º 2 que el amparo no procederá cuando existan vías procesales igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional invocado, ha incorporado un requisito de procedencia *ex novo* —es decir, no derivable de la propia naturaleza del proceso de amparo— conforme al cual, es deber del recurrente demostrar que de un análisis sustancial de los hechos que rodean su caso, se deriva la necesidad de una resolución pronta a efectos de garantizar la adecuada protección de su derecho constitucional. Es decir, a efectos de determinar si resulta o no aplicable la cláusula de residualidad, el juez constitucional debe plantearse la siguiente interrogante: ¿a la luz de las circunstancias del caso, existe grave riesgo de que la potencial o efectiva afectación del derecho constitucional invocado se torne irreparable si exijo al justiciable acudir a la vía ordinaria?. Una respuesta afirmativa impedirá la aplicación del artículo *sub examine*, la respuesta contraria dará lugar a la improcedencia de la demanda.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, la tentación de acudir a una lectura subjetivo-formal de la cláusula, hará que alguno considere que incluso en los supuestos de «tutela de urgencia», el artículo 5º 2 CPConst resulta aplicable, pues casi siempre existirá en la vía ordinaria la posibilidad de atender debidamente la pretensión del recurrente, dada la existencia de medidas cautelares.

Consideramos, empero, que dicha lectura (como todas las formales), implica una absoluta abstracción de la realidad, en desmedro del análisis sustantivo del asunto. Nos explicamos: Cierto es que teóricamente a través de las medidas cautelares innovativas o las de no innovar, es posible alcanzar, con la misma prontitud, aquello que pudiera pretenderse en un proce-

---

Como bien ha referido Francisco Rubio Llorente, en materia de derechos fundamentales también puede haber «parvedad de materia» (*Cfr. El trámite de admisión del recurso de amparo.* En: Revista Española de Derecho Administrativo. N.º 60, Octubre - Diciembre, 1988, pp. 507 y ss). Comparte la afirmación Pedro Cruz Villalón (*Cfr. Sobre el amparo*. En: REDC. Año 14, N.º 41, Mayo - Agosto, 1994, p. 19). Siendo así, la pregunta no es si en dichos casos se hace precisa o no la defensa del derecho conculcado (pues, definitivamente, la respuesta es afirmativa), sino si es preciso encomendar a un proceso de características tan excepcionales como el amparo, la dilucidación del asunto.

so de amparo. No obstante, quienes defienden la tesis de que ello enerva la procedencia del amparo constitucional, olvidan que será justamente el peligro en la demora —necesariamente existente para dictar una medida cautelar— el que impedirá exigir al justiciable replantear su demanda en otro proceso, más allá de que teóricamente, por las herramientas de las que goza éste (medidas cautelares), pueda aparecer como igualmente satisfactorio. Y es que a la luz de las circunstancias concretas (perspectiva subjetivo-sustancial), y al margen de lo que diga el papel, en los hechos el proceso ordinario se habrá tornado potencialmente no satisfactorio.

Es por ello que no podemos compartir la postura del profesor argentino Sagüés, cuando señala que «*si el perjudicado por un acto lesivo tiene un trámite procesal para exigir la conclusión del agravio, y en ese trámite tiene la posibilidad de plantear medidas de no innovar (que pueden paralizar la ejecución de aquel acto lesivo) o medidas innovativas (que retrotraen el estado de las cosas al estado anterior de la lesión, v.gr., levantando la clausura de un local) la necesidad de recurrir supletoriamente al proceso de tutela se desvanece*»[45]. Eso es en teoría; se olvida que en la práctica, para cuando el juez constitucional deba razonar sobre el particular, el caso de urgencia ya estará planteado, y que, justamente, por ser de urgencia, se encontrará constitucionalmente proscrita la posibilidad de derivar la protección del derecho fundamental a proceso ordinario alguno.

Por el contrario, entonces, debemos sumarnos a la conclusión del profesor peruano Castillo Córdova, cuando afirma que «*[n]o sirve como argumento para sustentar la sumariedad de un proceso judicial ordinario idóneo para la salvación de un derecho constitucional, el que en su interior pueda interponerse una medida cautelar*»[46], aunque, ciertamente, por razones parcialmente distintas a las por él expresadas[47].

Asunto distinto es que la existencia de medidas cautelares en los procesos ordinarios sea una razón de mayor abundamiento para justificar el rechazo de un amparo que tiene por objeto solicitar una tutela que en la fecha de interposición de la demanda, no evidencia requerimiento de solución fulminante.

45. *Cfr.* Sagüés, Néstor Pedro. Op. cit. p. 55.
46. *Cfr.* Castillo Córdova, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Piura / Lima: Universidad de Piura / ARA Editores, 2004, p. 182.
47. Son dos las razones que tiene Castillo para no aceptar la tesis de las medidas cautelares como criterio para ubicar vías igualmente satisfactorias: «*Primero, que la respuesta que se obtenga mediante una medida cautelar no es una respuesta definitiva; y segundo, que el proceso constitucional también prevé medidas cautelares aún dentro de un proceso sumarísimo*» (Ibid. loc. cit.). No obstante, que la adopción de una medida cautelar sea, por antonomasia, provisional, en nada invalida su condición

Por otra parte, el hecho de que en otros ordenamientos jurídicos la incorporación del «factor de urgencia» como presupuesto para dar lugar al proceso constitucional *de la libertad*, se encuentre previsto en sus propias Constituciones, ha llevado a que se alegue que su ausencia en la Constitución peruana, genera la inconstitucionalidad del art. 5º 2 CPConst.

Así, por ejemplo, el profesor Castillo Córdova, tras un análisis del art. 200º C, sostiene que «*si en los hechos ocurre una amenaza o una violación efectiva de un derecho constitucional, el mecanismo procesal constitucional previsto por la misma Constitución son las garantías constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data. Será inconstitucional toda disposición legal que vaya en contra de la posibilidad de acceder a este mecanismo ante la afectación de un derecho constitucional*». Para luego referir que «*el único modo de que sea constitucional el acceso al procedimiento judicial ordinario por parte del perjudicado en su derecho constitucional, será si él decide libremente acudir a él (...). Lo que está prohibido es obligarle. Y es que del texto constitucional brota la alternatividad en los procesos constitucionales que defienden derechos constitucionales*»[48].

Esta afirmación, llevada al extremo, bien podría significar que en el art. 200º C, además de preverse mecanismos jurisdiccionales especializados en la protección de los derechos constitucionales, se ha constitucionalizado el capricho, pues, literalmente, si al justiciable que considera afectado un derecho constitucional «le viene en gana» acudir al proceso de amparo, poco importará que entre los procesos ordinarios existan vías instauradas para otorgar plena (y, por tanto, oportuna) satisfacción a su pretensión. Sencillamente, no existiría modo constitucional de impedírselo.

De ser esto cierto, en efecto, el art. 5º 2 CPConst. o cualquier otro que se le parezca, sería inconstitucional. Ocurre, sin embargo, que encontramos muy difícil (en realidad, imposible) que lo sea.

---

de vía incidental plenamente satisfactoria, en el correcto entendido de que si posteriormente es variada, será sencillamente porque desapareció la apariencia del derecho que, en principio, la justificó; en otras palabras, porque durante el proceso habrán surgido elementos razonables o concluyentes para afirmar que no existe afectación constitucional de ningún orden.

Reafirmamos que la razón por la que queda excluida la medida cautelar prevista en una vía ordinaria, como una vía satisfactoria, es sustancial y no formal: siendo que al caso ya planteado en amparo es consubstancial el peligro en la demora, el tiempo impedirá derivarlo a la vía ordinaria, aún cuando la previsión legislativa de medidas cautelares, formalmente, la hagan aparecer como igualmente satisfactoria.

48. Ibid. loc. cit. pp. 183 y 184.

Lo que pretende el art. 200º C, es la necesaria institucionalización de procesos *ad hoc* orientados a la adecuada protección de los derechos constitucionales, pero de ello en modo alguno podría derivarse la proscripción de que dicha defensa pueda ser llevada a cabo también por medio de otros procesos, en la medida, claro está, de que resulten, para tales efectos, y en atención a las particularidades de cada pretensión, «adecuados» y «eficaces».

Considerar inconstitucional el art. 5º 2 CPConst, a nuestro criterio, supone una incorrecta interpretación del derecho fundamental a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y una irrazonable restricción de las competencias del legislador para regular derechos que, como el de tutela jurisdiccional efectiva (art. 139º 3 C), son de configuración legal.

Dichas competencias, desde luego, tienen como límite el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, pero a ellas en modo alguno les son oponibles restricciones que van más allá de las constitucionalmente exigibles, pretendiendo limitar el ámbito de desenvolvimiento válido de la política legislativa.

Por otra parte, para hacer frente a una supuesta incompatibilidad entre la cláusula de residualidad del amparo y el art. 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)[49], hacemos nuestra la siguiente reflexión de Espinosa-Saldaña: «*En realidad, si analizamos lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como el Velásquez Rodríguez (con sentencia del 29 de Julio de 1988) y sobretodo a lo prescrito en sus párrafos 60 y 66, apreciaremos que lo requerido por el Alto Tribunal Internacional no es solamente la existencia de medios procesales, sino la certeza de que estos son adecuados y eficaces para determinar si se ha incurrido en una violación de los derechos involucrados y se han tomado las medidas necesarias para recuperar su pleno ejercicio. Fíjense que no se habla de estar ante medios procesales ordinarios o especiales y específicos para la tutela de*

49. Art. 25º CADH.- «*1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*
2. Los Estados partes se comprometen:
a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso
b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y
c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso».

dichos derechos: solamente debe asegurarse una defensa adecuada y eficiente. El hecho de que el amparo pase a ser residual y deje de ser alternativo no afecta per se esta situación, siempre y cuando pueda acreditarse que los medios ordinarios de protección previstos satisfagan los requerimientos de adecuación y eficacia (...)»[50].

Y es que lo que le interesa al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es que la protección jurisdiccional sea, en todo caso, «efectiva», al margen del «rótulo» con el que venga presentado el proceso encargado de dispensarla.

Ante cada afectación de los derechos fundamentales debe existir una vía jurisdiccional encargada de invalidarla. La configuración procesal que deba tener dicha vía para hacerlo con efectividad, vendrá determinada por las características concretas que la alegada afectación presente. Lo que no puede decirse es que al margen de las condiciones que rodeen la susodicha vulneración, el sistema constitucional y/o internacional imponga una única fórmula procesal con la cual hacerle frente.

Es inevitable sospechar que en la alegada inconstitucionalidad de la *cláusula de residualidad*, subyace un temor o poca fe frente a lo que el Poder Judicial pueda hacer en lo que a la defensa de los derechos fundamentales respecta. Resulta, sin embargo, que dicha desconfianza no desencadena en modo alguno la inconstitucionalidad del art. 5º 2 CPConst.

Cabe recordar que incluso cuando el amparo era alternativo, y toda afectación de los derechos constitucionales debía necesariamente merituarse a través del amparo (si así lo deseaba el recurrente), el Poder Judicial estaba llamado a ser el primer protector de dichos derechos (en instancia doble), y sólo en caso de resoluciones denegatorias (art. 202º 2 C), el TC. Y es que en el sistema constitucional peruano —tal como ocurre, por ejemplo, en España[51]— la tutela de los derechos fundamentales, tanto desde un punto de vista orgánico como procesal, es difusa y no concentrada. Pues la Constitución no ha confiado sólo al TC su defensa, ni tampoco ha establecido que sólo a través del proceso de amparo puedan ser protegidos.

C) Interpretación objetivo-formal.

Tal como señaláramos, los procesos constitucionales tienen también una dimensión objetiva, que pretende garantizar una protección adecua-

50. *Cfr.* Espinosa-Saldaña, Eloy. Op. cit. p. 154, nota 16.
51. *Cfr.* Cruz Villalón, Pedro. Op. cit. pp. 11 a 12. En el mismo sentido, *Vid.* Aragón Reyes, Manuel. *Problemas del recurso de amparo*. Op. cit.

da, uniforme y constante del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, de forma tal que cada caso no se agote en la justicia constitucional administrada en la esfera subjetiva del demandante, sino que sea el instrumento que viabilice la consolidación de tales derechos como un sistema de valores, y que, a su vez, contribuya a pacificar y ordenar no sólo un conflicto intersubjetivo de intereses, sino un mayor ámbito de la sociedad.

Un artículo del CPConst. que se encuentra particularmente destinado a la protección de esta dimensión objetiva, es el primero, en el extremo que señala: «*Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza [del derecho constitucional] por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda*».

Dicho de otro modo, a pesar del decaimiento del interés subjetivo al interior del proceso (porque por vía de los hechos la pretensión ha sido satisfecha, o porque nunca podrá serlo), el juez constitucional se encuentra en capacidad de dictar una sentencia estimatoria, con el objeto de lograr que el emplazado se abstenga de incurrir en actos similares en el futuro, no sólo con relación a la esfera subjetiva del recurrente, sino de la colectividad en general.

Este precepto, que desafía a la teoría general del proceso, y que sólo puede ser entendido desde la teoría del Derecho Procesal Constitucional, no tiene parangón en ningún proceso ordinario. De ahí que quepa afirmar que si de lo que se trata es de conceder una satisfactoria protección a los derechos fundamentales en sus dos dimensiones, ningún proceso habrá en el ordenamiento que sea capaz de conseguir lo mismo que el amparo, pues a diferencia del primero, éste último garantiza proyectar una protección institucional de su faz objetiva, incluso en aquellos casos en los que su vertiente subjetiva se encuentre ya protegida o no pueda serlo. Así pues, siendo que ningún proceso distinto del constitucional puede alcanzar tal cometido, el art. 5º 2 CPConst. no tendría supuesto de aplicación.

Tentadora lectura. Sin embargo, consideramos que si el sólo texto del art. 1º CPConst. pretendiese ser utilizado como argumento para desechar toda vía ordinaria como igualmente satisfactoria, se estaría incurriendo en el error de olvidar que aunque la finalidad del artículo es, en efecto, de alcance objetivo, su aplicación se encuentra sometida a un análisis subjetivo.

En efecto, no sólo resulta que la disposición no tiene posibilidad de aplicarse si no desaparece el interés para obrar del afectado, sino que, según reza el precepto, es «*atendiendo al agravio producido*», y no en todos los casos, que el juez constitucional puede aplicarlo. ¿Agravio producido a quién? cabría preguntar. Pues al recurrente.

De este modo, son la desaparición del interés subjetivo y la gravedad o levedad del agravio producido a la esfera subjetiva del afectado, las variables que permiten o niegan la posibilidad de aplicar el art. 1º CPConst. Y si es un análisis caso por caso el que condiciona su aplicación, cuanto dispone no puede ser utilizado, sin más, como un argumento que pretenda negar de manera absoluta la existencia de vías procesales que puedan resultar igualmente satisfactorias al proceso constitucional de amparo.

D) Interpretación objetivo-sustancial.

Ante todo, debemos advertir que a diferencia de la interpretación subjetivo-sustancial del art. 5º 2 CPConst, en la que, por evidentes razones, el protagonista es el juez constitucional de la primera instancia del amparo, en la interpretación objetivo-sustancial, corresponde al TC situarse en el centro del análisis.

Descartadas las interpretaciones formales (tanto subjetiva como objetiva) del art. 5º 2 CPConst, y acogida su interpretación subjetivo-sustancial, hemos tratado de demostrar, hasta el momento, que el amparo constitucional se ha convertido en un proceso excepcional o extraordinario, sólo viable en aquellos casos en los que se encuentre presente el «factor de urgencia». Se ha dicho que toda otra causa deberá ser resuelta por las vías procesales ordinarias, capaces también de proteger derechos fundamentales.

Sin embargo, bien puede ocurrir que los asuntos de relevancia constitucional no urgentes desde una dimensión subjetiva, sean indebidamente resueltos por la jurisdicción ordinaria. En otras palabras, es posible que a pesar de no ser casos de real apremio para los individuos, la jurisdicción ordinaria no identifique adecuadamente el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, no dispense debida protección al derecho; o, por el contrario, estime pretensiones manifiestamente infundadas. Ello puede suceder, entre otras razones, por no seguir la jurisprudencia vinculante del TC, o, simplemente, porque ella no existe o se encuentra confusamente formulada.

En estos casos, las vías que desde una perspectiva subjetivo-sustancial aparecían como igualmente satisfactorias, en realidad no lo están siendo. A partir de una visualización de la tendencia de la jurisprudencia, es decir, de

aquello que la doctrina italiana ha denominado *diritto vivente*[52], se observa cómo la protección de los derechos constitucionales se debilita con el cotidiano actuar del Poder Judicial. ¿Qué hacer en estos casos?

Consideramos que en estos supuestos se justificaría una interpretación objetivo-sustancial del art. 5º 2 CPConst, de manera tal que, cuando menos en un caso (aunque podrían ser más), el TC prescinda del «factor de urgencia» en perspectiva subjetiva y deje de considerar una concreta vía procesal como igualmente satisfactoria, de forma tal que pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto, proyectando el precedente vinculante (art. VII Título Preliminar CPConst[53]) que resulte necesario para encausar o reencausar en la jurisdicción ordinaria la debida tutela del derecho o los derechos constitucionales de que se trate.

Y dado que en estas circunstancias, antes que como un órgano tutelar de derechos subjetivos, el TC actuaría como un unificador o integrador de la jurisprudencia, sería preciso que no mantenga una apreciación clásica del concepto de precedente[54], sino, antes bien, una visión más amplia de la institución.

Como bien señala Michele Taruffo, la definición de lo que en una sentencia constituye *ratio decidendi*, no está sujeta a supuestas verdades irrefutables: «*Tal vez se trata del criterio usado para calificar los hechos relevantes de la controversia y para decidir sobre ellos, con una acentuación de la referencia a los hechos. Otras veces se entiende, al contrario, el principio jurídico usado como criterio para decidir, con una acentuación sobre la norma en*

52. Sobre los alcances de este concepto, *Vid.* De la Vega, Augusto Martín. *La sentencia constitucional en Italia.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 184 a 212.

53. Art. VII Título Preliminar CPConst.: «*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)*».

54. A pesar de que algunos —merced a una lectura sesgada del concepto de precedente— se lo exigen. (*Vid.* Ariano Deho, Eugenia. *¿Principio de «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional? Algunas glosas a la sentencia del «caso Anicama».* En: Diálogo con la jurisprudencia. N.º 85, Año 11, Octubre 2005, pp. 33 a 35). Decimos sesgada, pues nos sorprende la facilidad con la que pretende hacerse extensivo el concepto estadounidense de precedente (que, por cierto, ni siquiera en sí mismo es pacífico) a ordenamientos sustancialmente distintos como el nuestro. Cabe recordar que, sin dejar de lado las significativas similitudes que hoy por hoy existen entre la Corte Suprema de los Estados Unidos y los Tribunales Constitucionales, sus realidades y funciones no dejan de tener diferencias importantes (*Cfr.* Beltrán de Felipe, Miguel y Gonzáles García, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* (el estudio preliminar). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 20 a 58).

vez del hecho. Otras veces se entiende el argumento jurídico empleado, para justificar la decisión relativa a la calificación de los hechos o la decisión relativa a la selección de la regula iuris, o ambas»[55].

A nuestro juicio, es importante que el TC, cuando menos en los primeros años de vigencia del CPConst, no de la espalda a ninguno de estos conceptos de *ratio decidendi*, pues en la medida de que respete la claridad que le exige el art. VII Título Preliminar CPConst, todos ellos, en algún momento, podrían ser de utilidad en la necesidad de cumplir debidamente sus funciones de valoración, ordenación y pacificación[56].

Por otra parte, una acepción flexible de la regla o principio normativo que pueda ser considerado precedente vinculante en una sentencia del TC, no desembocaría en la imprevisión, puesto que a diferencia de lo que ocurre en ordenamientos comparados en los que la definición de aquello que constituye precedente usualmente corre por cuenta del juez sucesivo, en el caso del ordenamiento jurídico peruano corre por cuenta del TC, a quien se le ha encomendado precisar «*el extremo de su efecto normativo*» (art. VII Título Preliminar CPConst).

Que sea el juez emisor y no el sucesivo, el encargado de fijar razonablemente el contenido normativo vinculante de la decisión, no es novedad en nuestro medio. A nivel administrativo y en mérito del artículo 43º del Decreto Legislativo N.º 807, esa ha sido la tendencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. Lo propio ha ocurrido en el caso de la Sala Penal de la Corte Suprema de la República, en aplicación del art. 301-A del Código Procesal Penal.

Entre nosotros, Luis José Diez Canseco califica el fenómeno como una «*feliz adaptación del sistema romano al anglosajón*»[57], mientras que en España un eximio defensor de esta tendencia ha sido Rubio Llorente, quien reclama al TCE la incorporación al fallo de las *rationes decidendi*, de modo tal que sea plenamente reconocible para el Poder Judicial el precedente contenido en la

55. Taruffo, Michele. *Dimensiones del precedente judicial*. En: Cinco lecciones mexicanas. Memoria del Taller de Derecho Procesal. México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de Federación / Escuela Judicial Electoral, 2003, p.199.

56. Sobre estas funciones del TC, *Vid*. Jiménez Campo, Javier. *¿Qué hacer con la ley inconstitucional?*. En: AA. VV. La sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley. Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 24 a 33.

57. *Cfr.* Diez Canseco, Luis José. *Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una respuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial*. En: Revista de Economía y Derecho. Lima: Fondo Editorial UPC - Sociedad de Economía y Derecho. N.º 2, Otoño 2004, p. 19.

sentencia y sea posible garantizar la uniformidad en la aplicación del ordenamiento constitucional[58]. En la misma dirección apunta López Pietsch, quien haciendo alusión a los magistrados del TCE, refiere que «*son ellos quienes (...) pueden identificar con mayor facilidad las rationes decidendi de sus sentencias y, en general, conocen mejor que nadie el complejo entramado de cuestiones funcionales y sustantivas que subyace a la jurisprudencia constitucional, y que no siempre sale a relucir en toda su amplitud en los fundamentos jurídicos de las sentencias*»[59].

Es justo reconocer, sin embargo, que, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia sostiene una tesis contraria, refiriendo que no es el propio juez o tribunal que dicta la sentencia el encargado de determinar cuál es su *ratio decidendi*, sino el juez posterior[60]. Tesis que es defendida por Bernal Pulido, criticando un proyecto para la reforma de la justicia en Colombia que pretende incorporar al ordenamiento una disposición que exija a la Corte fijar explícitamente los contenidos normativos vinculantes de sus sentencias[61].

No obstante, consideramos que en esta postura subyace una confusión: una cosa es que el juez sucesivo tenga la capacidad de determinar si el precedente sentado en un caso anterior es aplicable al caso que debe resolver[62], y otra muy distinta que un Tribunal no tenga las potestades para explicitar la *ratio decidendi* de sus propias sentencias. Consideramos que en un sistema que recién empieza a conocer la valía de la sentencia constitucional como fuente de derecho, tal potestad no sólo resulta posible, sino necesaria.

En un sistema jurídico como el nuestro que carece de raigambre jurisprudencial, el *principle of percolation* que rige en el sistema norteamericano y conforme al cual la interpretación de las normas por parte de los jueces comúnmente es consecuencia de un precipitado de resoluciones judiciales[63],

58. *Cfr.* Rubio Llorente, Francisco. Ponencia recogida en AA. VV. La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994. Madrid: Tribunal Constitucional / CEC, 1995, pp. 153 a 154.
59. López Pietsch, Pablo. Op. cit. p. 139.
60. *Cfr.* SU-047 de 1999; C-039 de 2003.
61. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos. *El precedente constitucional*. En: El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 176 a 180.
62. En el sistema de los Estados Unidos, el elemento diferenciador (*distinguish*) es fundamento válido para que el tribunal inferior pueda considerar no aplicable al caso que debe resolver el precedente dictado en un caso similar por el Tribunal Supremo.
63. *Vid.* Ahumada Ruíz, María Ángeles. *El «Certiorari». Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. En: REDC. Año 14, N.º 41, Mayo - Agosto, 1994, p. 120 y ss.
Aún cuando esta misma autora expone cómo incluso en el sistema norteamericano

difícilmente tendría posibilidad de éxito. Es por ello que en materia de interpretación de los derechos fundamentales y de interpretación constitucional, en general, no sólo resulta vital que los precedentes se proyecten verticalmente desde el TC de manera expresa, sino que ellos deben ser fundamento para deconstruir el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico (art. 2º 2 C) —analizado «relacionalmente» con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (art. 139º 3)—, de modo tal que el alejamiento arbitrario del precedente por parte de los jueces, dé lugar a la afectación de aquél y, consecuentemente, a habilitar el proceso de amparo, en el correcto entendido de que acreditada la inobservancia del precedente, no sólo quedará acreditada, a su vez, la ausencia de una vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho fundamental cuya afectación dio pie a la demanda planteada en la vía ordinaria, sino también una nueva afectación constitucional al interior del proceso ordinario, sólo susceptible de ser reparada a través del proceso constitucional de amparo.

Asimismo, tal como ocurre con los casos de «insumisión» judicial en los Estados Unidos[64] o en España[65], consideramos imprescindible que los casos flagrantes y deliberados de apartamiento del precedente vinculante dictados por el TC, sean debidamente sancionados.

También será necesario, desde luego, que, tal como ha venido sucediendo en casos recientes[66], el TC sea lo suficientemente preciso en definir el contenido normativo vinculante de su decisión, justificando debidamente el modo cómo se ha arribado a él. La legitimidad de la regla o principio que pretenda proyectarse como precedente reposará en la constitucionalidad y razonabilidad de la argumentación que le sirva de sustento. El juez ordinario debe reconocer la legitimidad del precedente normativo, de modo tal que se sien-

existen casos en los que el Tribunal Supremo no espera a que el proceso de *percolation* culmine (ni siquiera que se inicie) e ingresa a definir inmediatamente el asunto con efectos vinculantes (Ibid. loc. cit. p. 121).

64. País en el que la inobservancia injustificada y deliberada del precedente dictado por el Tribunal Supremo puede ser sancionada con la separación temporal o permanente del servicio (*Vid.* Ibid. loc. cit. p. 125, nota 73).

65. El art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, establece que «*La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*»; y el art. 417 de la misma ley señala que «*Son faltas graves: 1. El incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución establecido en el art. 5.1 de esta Ley, cuando así se apreciare en sentencia firme*».

66. *V.g.* los fallos de las STC 4677-2004-PA; 1417-2005-PA; 5854-2005-PA, entre otros.

ta vinculado por él, aunque no lo comparta. El TC debe ser consciente que la institucionalización de la doctrina del precedente no queda garantizada con su sola previsión legal, sino además, y fundamentalmente, con el razonable uso que de ella se haga. Un TC no tiene garantizado el respeto con su nombre, sino con sus decisiones y la debida fundamentación que en ellas resida. La precisión, razonabilidad y publicidad del precedente son pues factores imprescindibles para su consolidación.

De otro lado, cabe recordar, tal como lo ha precisado el TC en reciente sentencia, que «*cuando se establece que determinados criterios dictados por este Tribunal resultan vinculantes para todos los jueces, no se viola la independencia y autonomía del Poder Judicial, reconocidas en el artículo 139º, inciso 2, de la Constitución, sino que, simplemente, se consolida el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico (artículo 2º, inciso 2); máxime, si es a partir del reconocimiento de su supremacía normativa que la Constitución busca asegurar la unidad y plena constitucionalidad del sistema jurídico y su consecuente aplicación (artículos 38º, 45º y 51º de la Constitución). Debe recordarse que ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última ratio en la protección del poder público en sí mismo, sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución)*»[67]. Y es que, como resulta evidente, en salvaguarda de una pretendida independencia judicial absoluta, desvinculada de la jerarquía material constitucional que existe al interior del Poder Jurisdiccional y que se encuentra liderada por el TC, no puede desprotegerse el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley y a la tutela jurisdiccional efectiva[68].

En este orden de ideas, a través de una interpretación objetivo-sustancial del art. 5º 2 CPConst, se institucionalizaría una suerte de *writ of certio-*

67. STC 0030-2005-PI, FJ. 48.

68. Como bien apunta Carrasco Durán, «*no cabría pensar en supuesto más patente de resolución judicial irrazonable que el de aquella que, teniendo la obligación de aplicar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, se apartara conscientemente de ella para interpretar algún derecho fundamental de forma distinta*» (*Cfr.* El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo. En: REDC. Año 21, N.º 63, Septiembre - Diciembre, 2001, p. 104.
En sentido similar, David Giménez Glück refiere que «*el único precedente judicial que están obligados a observar, y de manera rígida, los Tribunales ordinarios es el que se constituye por las Sentencias del Tribunal Constitucional*» (*Cfr.* Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional. Barcelona: Bosch, 2004, p. 49, nota 40).
Más audaz es López Guerra, al sostener que «*el juez se encuentra ante una pirámide normativa en la que ya no ocupa en todo caso la ley el escalón superior. Pues, aparte de la*

rari que permitiría al TC, con algún grado de discrecionalidad, escoger las causas que, a pesar de no exigir un pronunciamiento urgente por la gravedad que reviste el asunto en perspectiva subjetiva, merecerán una decisión sobre el fondo, en aras de integrar el orden normativo jurisprudencial en materia de protección de derechos constitucionales.

Debe recordarse que esta institución de origen estadounidense, ha tenido eco, con particularidades propias, en ordenamientos como el colombiano[69], el alemán[70] y el español, en el que tras algunos intentos de objetivar (por

misma Constitución, por encima del texto legal puede situarse la interpretación que de él haga el Tribunal Constitucional, mediante su doctrina» (*Cfr. El Tribunal Constitucional y el principio de stare decisis.* En: El Tribunal Constitucional. Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1981, p. 1,439, nota 6).

69. El art. 33º del Decreto N.º 2591 (del 19 de noviembre de 1991) que regula la acción de tutela (símil del proceso de amparo) en Colombia, establece: «*Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión pueda aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses*».

70. El artículo 93a de la Ley Orgánica del TCFA, tras la reforma realizada el 11 de agosto de 1993, establece lo siguiente:
«*1. Las demandas de amparo requerirán admisión a trámite.*
2. Deberán ser admitidas a trámite:
a) En la medida en que les corresponda relevancia constitucional fundamental.
b) Cuando esté indicado para hacer valer los derechos mencionados en el artículo 90, ap. 1.º; podrá también ser éste el caso cuando la denegación de una decisión sobre el fondo cause al demandante un perjuicio especialmente grave.»
(Para una descripción sobre los avatares y expectativas de esta reforma *Vid.* Rodríguez Álvarez, José Luis. *Seleccionar lo importante. La reciente reforma del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde.* En: REDC. Año 14, N.º 41, Mayo – Agosto, 1994, pp. 139 a 148.)
La insuficiencia de esta reforma para descongestionar la enorme carga procesal que ha impedido racionalizar los esfuerzos del TCFA en la resolución de las causas verdaderamente merecedoras de una sentencia sobre el fondo, dio lugar a que en 1997, a petición de los propios magistrados del TCFA, se formara una comisión encargada de proponer una nueva reforma en el trámite de admisión del recurso de amparo. La propuesta —que se inspiró mucho en los trabajos doctrinales de Rainer Wahl y Joachim Wieland. Op. cit. pp. 11 a 35— fue finalmente presentada en diciembre de 1997. El texto que sustituiría al actual artículo 93a de la LOTCFA, es el siguiente: «*El Tribunal Constitucional puede admitir un recurso de amparo. Para ello tendrá en cuenta si su decisión resulta de especial relevancia para la clarificación de una cuestión jurídico-constitucional o para la protección de los derechos fundamentales.*» Como es evidente, la idea es pasar de una discrecionalidad relativa a una discrecionalidad absoluta en materia de recursos de amparo al más puro estilo norteamericano. (Un análisis completo de esta propuesta de reforma y su incidencia en el debate español, en López Pietsch, Pablo. Op. cit. pp. 115 a 151.)

vía jurisprudencial) el proceso de amparo constitucional ante el TC[71], hoy se pretende lograrlo por vía legislativa[72].

A partir de una interpretación objetivo-sustancial del art. 5º 2 CPConst, también cabría que el TC conozca los procesos de amparo planteados con relación a derechos fundamentales que aún no han merecido pronunciamiento, o que se encuentran inmersos en circunstancias novedosas, y que, por tales motivos, requieren de una línea jurisprudencial dictada por el supremo intérprete de la Constitución que permita delimitar su ámbito protegido y asegurar su protección satisfactoria por parte de la jurisdicción ordinaria[73]. Asimismo, el TC tendría la obligación de asumir nuevamente un asunto respecto del cual es preciso modificar el precedente anteriormente establecido (*overruling*).

En suma, a partir del análisis conjunto de las lecturas subjetivo-sustancial y objetivo-sustancial, se propone reservar la actuación de la jurisdicción constitucional en el proceso de amparo, para asuntos de real trascendencia subjetiva u

71. En efecto, a partir de una reinterpretación de lo previsto en el artículo 50º c) de su Ley Orgánica («*La Sección, por unanimidad de sus miembros, podrá acordar mediante providencia, la inadmisión del recurso [de amparo] cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: (...) c) Que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional*»), han existido intentos jurisprudenciales del TCE (*v.g.* STCE 147/1994; STCE 174/1994; STCE 247/ 1994; STCE 113/1995) por instaurar un margen amplio de discrecionalidad en la admisión del recurso de amparo constitucional. (*Vid.* Requejo Pages, Juan Luis. *Hacia la objetivación del amparo.* En: REDC, Año 14, N.º 42. Septiembre-Diciembre, 1994, pp. 153 a 161. También *Cfr.* Girón Reguera, Emilia. *Semejanzas y diferencias entre el proceso de amparo constitucional español y la acción de tutela colombiana como instrumentos de protección de los derechos fundamentales*. En: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol. N.º 20/21, Valencia, 1997, pp. 97 a 117)

72. De conformidad con el art. 20º del Proyecto de Ley N.º 121/000060, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados de España, publicado el 25 de noviembre de 2005, el artículo 50º b) de la LOTCE, quedaría redactado del modo siguiente: «*El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurran todos los siguientes requisitos: (...) b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*».

73. Aunque es cierto que en estos supuestos la ausencia de una vía igualmente satisfactoria tendría origen en una presunción del TC sustentada en el hecho de que la materia adolece de algún referente jurisprudencial que garantice su debida protección en los procesos judiciales ordinarios.

objetiva, bajo el presupuesto de que, en la generalidad de los casos, la defensa de los derechos fundamentales puede recaer en la jurisdicción ordinaria.

Y es que, tal como ha señalado el TC, «*debe recordarse que en el Estado social y democrático de derecho, la preservación de la constitucionalidad de todo el ordenamiento, no es una tarea que, de manera exclusiva, le competa a este Tribunal, sino que la comparten, in suo ordine, todos los poderes públicos*»[74].

V. ¿AMPARO RESIDUAL O SUBSIDIARIO?

Se podría pensar que en realidad no hará falta adoptar una interpretación objetivo-sustancial del art. 5º 2 CPConst, en los términos que acaban de ser expuestos, puesto que si en la vía ordinaria no se remedia la afectación constitucional que dio lugar a la presentación de la demanda, siempre será posible iniciar un proceso de amparo contra la resolución judicial firme (art. 4º CPConst) que no otorgó adecuada protección a un derecho fundamental.

Dicho de otro modo, algunos podrían pensar que tratándose o no de una causa en la que se encuentre incorporado el «factor de urgencia», potencialmente siempre será posible que llegue al TC, pues incluso en aquellos casos carentes de apremio, será viable interponer una demanda de amparo contra la resolución judicial firme que no concedió protección constitucional al derecho.

No obstante, dicha posibilidad se encuentra proscrita por el art. 5º 3 CPConst, conforme al cual tampoco proceden los procesos constitucionales, «*cuando el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela de su derecho constitucional*».

Difícilmente podría interpretarse que en realidad la resolución judicial firme expedida en el proceso ordinario, constituye un «nuevo» acto lesivo del derecho fundamental, el cual, en estricto, nunca ha sido cuestionado en vía judicial alguna, por lo que el amparo resultará plenamente procedente[75]. Consideramos que dicha interpretación llevaría a la instauración de un amparo subsidiario allí donde se ha proclamado un amparo residual o excepcional.

En efecto, una interpretación conjunta de los arts. 5º 2 y 5º 3 CPConst, denota la clara intención del legislador de que la vía ordinaria judicial no resulte

74. STC 0006-2003-AI, FJ. 1.

75. Recuérdese que el TCE recurre a esta suerte de «ficción» para permitir evaluar la constitucionalidad de los actos llevados a cabo por particulares, pues su Ley Orgánica sólo permite interponer el recurso de amparo constitucional contra los poderes públicos (art. 41º 2).

una mera vía previa para la posterior e indefectible procedencia del amparo ante la supuesta afectación de un derecho constitucional (subsidiariedad)[76], sino de que su debido y justificado uso configure una causal de improcedencia para volver a merituar un asunto que ha sido considerado por la jurisdicción ordinaria como desestimable.

Desde luego, situación distinta se presentará cuando la supuesta afectación constitucional tenga su origen en el mismo proceso judicial (o como consecuencia de impedir el acceso a éste). En estos supuestos (a los que se refiere el art. 4º CPConst), el amparo presentado contra la resolución judicial firme deberá proceder, pues dicha resolución será, en todo el sentido del término, «el acto lesivo», y no la mera confirmación de un acto supuestamente inconstitucional suscitado antes del proceso ordinario y con ocasión del cual éste fue promovido.[77]

Por ello consideramos que la residualidad o excepcionalidad del amparo impone que su procedencia contra resoluciones judiciales firmes quede circunscrita a aquellos supuestos de vulneraciones de derechos fundamentales originadas *intra processum*, contra aquellas resoluciones que impidan

76. Esta articulación subsidiaria entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional, se aprecia en el ordenamiento jurídico español, en el que la impugnación de los actos administrativos inconstitucionales debe realizarse primero ante la jurisdicción ordinaria (sea acudiendo al «amparo judicial» o, alternativamente, al proceso contencioso-administrativo ordinario), y, sólo agotada ésta (es decir, subsidiariamente), ante el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo constitucional. La exigencia de agotar la vía judicial para impugnar los actos administrativos a través del recurso de amparo constitucional, se encuentra prevista en el art. 43º 1 LOTC. Cierto es, sin embargo, que en España también cabe el recurso de amparo «directo» ante el TCE, para impugnar, por ejemplo, los actos del Poder Legislativo (art. 42 LOTC) o las decisiones de la Mesa del Congreso que inadmite una iniciativa legislativa popular (art. 6º de la LO 3/1984). (Sobre lo expuesto en esta nota *Vid.* —entre otros muchos trabajos— Gimeno Sendra, Vicente y Garberí Llobregat. Los procesos constitucionales de amparo. Madrid: Colex, 1994, pp. 31 a 37; 94 a 95; y 189 a 195).

77. Sobre la sustancial diferencia entre la impugnación de un acto inconstitucional originado fuera de un proceso judicial y aquel que tiene su verificación dentro de éste, y la relación de esta diferencia con la subsidiariedad del amparo constitucional en el ordenamiento jurídico español, nos remitimos al excelente trabajo de Juan Luis Requejo Pages. *La lógica de la subsidiariedad y sus perversiones. Los recursos de amparo mixtos.* En: REDC. Año 22, N.º 66, Septiembre - Diciembre, 2002, pp.189 a 211.
En realidad, en España, para la impugnación de los actos inconstitucionales en los que incurren los órganos judiciales, no opera la regla de la «subsidiariedad», sino la de «definitividad», puesto que en tales supuestos, a efectos de poder interponer el recurso de amparo constitucional, no se requiere instaurar un nuevo proceso judicial en el que se ventile el asunto, sino, simplemente, agotar todos los recursos utilizables dentro de la misma vía procesal en la que tuvo origen el acto reclamado (art. 44º 1. a. LOTCE).

el acceso al proceso, o cuando resulte imprescindible una interpretación objetivo-sustancial de la residualidad, en aras de establecer el precedente normativo.

VI. REFLEXIONES FINALES.

El art. 5º 2 CPConst, constituye un verdadero desafío tanto para la jurisdicción constitucional como para la jurisdicción ordinaria. Por un lado, se ha confiado al criterio del juez constitucional la identificación de aquellos casos de relevancia constitucional que merecen una pronta dilucidación, a efectos de evitar la irreparable incidencia sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Norma Fundamental. En esa medida, el juez constitucional debe comprender que de su adecuada o incorrecta valoración del «factor de urgencia», y de lo que en su criterio pueda constituir una vía ordinaria *igualmente satisfactoria*, dependerá si se concede protección oportuna a los derechos fundamentales o se les condena al despojo de la garantía jurisdiccional que hace de las disposiciones que los reconocen, verdaderos preceptos vinculantes.

Por otra parte, se ha reservado a la jurisdicción ordinaria la debida tutela de los derechos fundamentales en el resto de casos. Ello exige que el juez ordinario comprenda, hoy más que nunca, que la adecuada y eficiente protección de los derechos fundamentales no son funciones exclusivas de algún órgano *ad hoc*, sino que a él, en tanto miembro del Poder Jurisdiccional, competen también, en igual intensidad, dichas tareas. Para tales efectos, será deber de todos los jueces capacitarse para una pertinente valoración del contenido protegido por los derechos fundamentales, pues sólo así se encontrarán en condiciones de determinar cuándo corresponde declarar la inconstitucionalidad de algún acto. De otra parte, es deber del Estado adoptar medidas legislativas y logísticas que permitan potenciar a la jurisdicción ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales, sin perjuicio de implementar, cuanto antes, los juzgados especializados encargados de conocer los amparos en primera y segunda instancia, a los que hace alusión la Tercera Disposición Final CPConst.

Asimismo, el art. 5º 2 CPConst. representa una herramienta vital para que el TC, además de tutelar los derechos fundamentales en circunstancias de grave afectación subjetiva, logre objetivar el proceso de amparo, convirtiéndolo en un cauce orientado a unificar la jurisprudencia constitucional y a irradiar, a través del instituto del precedente, la protección de los derechos fundamentales de la colectividad en general.

Del desenvolvimiento eficiente y armónico de todos estos elementos depende el éxito de la incorporación en nuestro ordenamiento procesal constitucional de la *cláusula de residualidad* del amparo.

Por razones obvias, este estudio se ha encontrado circunscrito al proceso de amparo. Por otra parte, nuestro análisis se ha desenvuelto en la normativa vigente y no en alguna potencial reforma o complementación que pudiera caber. Sin embargo, ante el progresivo crecimiento de causas que llegan al TC[78], no nos son ajenas ciertas interrogantes: ¿Cabe incorporar al ordenamiento un instituto similar al *certiorari* para regular el acceso al TC en la totalidad de los procesos constitucionales *de la libertad*? Para tales efec-

78. A partir del año 2002, las causas ingresadas al TC cada año han ido en franco aumento. En el referido año, la totalidad de expedientes ingresados fueron 3,094, prácticamente el doble que el año anterior (1,585). Mientras que en el año 2005, sólo entre hábeas corpus y amparos, sumaron 8,571. Y el futuro inmediato no parece promisorio, pues sólo en los dos primeros meses del año 2006, ya han ingresado 1,587 expedientes. Lo curioso es que las causas que han merecido una sentencia total o parcialmente estimatoria, lejos de aumentar se han reducido: en el año 2002, fueron 782 y en el año 2004, 434. (Fuente: Oficina de Planeamiento y estadística del TC).
De esta manera, el aumento de causas que ingresan al TC, no parece ser sinónimo de una mayor cantidad de vulneraciones a los derechos fundamentales. Sin embargo, lo que sí resulta evidente es que las improcedencias o causas manifiestamente infundadas están demandando un tiempo que bien podría ser dedicado a analizar con tanto rigor como prontitud, los asuntos verdaderamente relevantes. «La justicia tardía no es justicia», suele decirse. El derecho a la duración razonable del proceso se encuentra reconocido implícitamente en nuestra Constitución (art. 139º 3) y explícitamente en el artículo 8º 1 CADH, cuya vulneración ha dado lugar a cuatro sentencias estimatorias dictadas por la Corte Interamericana en los Casos Genie Lacayo vs. Nicaragua (párrafos 77 a 81), Suárez Rosero vs. Ecuador (párrafos 70 a 73), Ricardo Canese vs. Paraguay (párrafos 141 a 151) y Tibi vs. Ecuador (párrafos 168 a 177) (*Cfr.* Landa, César –compilador–. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima: Palestra, 2005, pp. 182 a 183, 369 a 370, 1167 a 1170 y 1248 a 1250).
Asimismo, tal como se refiere en el informe de la Comisión Benda, el retraso de los recursos de amparos ha dado lugar a sentencias estimatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra Alemania, emitidas el 1 de julio de 1997 (*Cfr.* López Pietsch, Pablo. Op. cit, p. 121). Mientras que el retraso en la tramitación de un amparo se ha visto involucrado en la condena a España por vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (*Vid.* Sentencia TEDH, 7 de julio de 1989, Caso Unión Alimentaria Sanders S.A. vs. España. En: Díaz Revorio, Francisco Javier –compilador–. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lima: Palestra, 2004, pp. 609 a 623. También, *Cfr.* Borrajo Iniesta, Ignacio. *Los derechos a un proceso sin dilaciones indebidas y a un proceso público*. En: Cuadernos de Derecho Público. N.º 10, Mayo – Agosto, 2000, pp. 133 a 151; en especial pp. 134 a 137).
El Perú no debe esperar a que le ocurra algo similar para adoptar las medidas que permitan reducir el tiempo en la tramitación de los procesos, máxime si se

tos, ¿es necesario reformar la Constitución?[79] ¿Existe un derecho de acceso al TC en estos casos o la Constitución admite que ésta sea una posibilidad graciable? ¿Acaso la tutela jurisdiccional con todos sus alcances no queda agotada con la pluralidad de instancias cumplida en las dos instancias previas antes de llegar al TC? Esa famosa palabra «denegatorias», establecida en el artículo 202º 2 C ¿admite una interpretación en clave objetiva, distinta de aquella que hasta ahora ha prevalecido?

Nuestros propósitos inmediatos han quedado cumplidos con todo lo dicho hasta ahora. Reservemos alguna reflexión sobre estas interrogantes para un futuro cercano.

trata de aquellos orientados por antonomasia a la defensa de los derechos fundamentales.

79. Cabe recordar cómo en el Informe de la CERIAJUS, así como en el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución elaborado por el Congreso, se ha propuesto una reforma constitucional orientada a que el TC escoja discrecionalmente los procesos *de la libertad* que considere necesario resolver. Por su parte, el 13 de marzo de 2006 ha ingresado al Departamento de trámite documentario de Congreso un proyecto de ley con idéntico propósito (Proyecto N.º 14470/2005-CR); mientras que el 2 de marzo de 2006 se ha publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, la modificación del artículo 11º del Reglamento Normativo del TC, en la que se establece que el TC tiene la posibilidad de declarar la improcedencia de la demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento *«si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse»*.
Más allá de los diversos comentarios que esta modificación pueda originar y que por ahora quedan en el tintero, denota la clara intención del TC de ganar espacio hacia un margen de discrecionalidad que le permita un respiro frente a una carga procesal que se muestra agobiante y que le impide concentrar sus esfuerzos en los procesos de real trascendencia.

El Amparo Residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser

LUIS CASTILLO CÓRDOVA
Investigador contratado, programa «Isidro Parga Pondal», Universidad de A Coruña (España).

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. DEFINICIÓN NEGATIVA Y POSITIVA DEL AMPARO COMO UN PROCESO RESIDUAL O EXCEPCIONAL III. LA EXCEPCIONALIDAD POR DEFINITIVIDAD IV. EXCEPCIONALIDAD POR SUBSIDIARIDAD V. LA EXCEPCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO VI. SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5.2 CPC VII. UNA POSIBLE SALIDA A LA INCONSTITUCIONALIDAD VIII. CRITERIOS PARA INTERPRETAR LA VÍA PROCEDIMENTAL ESPECÍFICA IGUALMENTE SATISFACTORIA DE ACUERDO CON LA CONSTITUCIÓN IX. A MODO DE CONCLUSIÓN: JUSTIFICACIÓN DE LA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 5.2 CPC X. EPÍLOGO: EL EXP. 0206–2005–PA/TC

I. INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Constitucional (CPC) peruano trae una clara novedad respecto de la legislación anterior en lo que concierne a la procedencia de la garantía constitucional. Se lee en el artículo 5° CPC que no proceden los procesos constitucionales cuando «2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus». Este dispositivo abre una serie de interrogantes que intentarán ser abordadas y resueltas a lo largo de este trabajo.

Antes de ello, sin embargo, conviene dejar establecidas algunas consideraciones previas. En primer lugar, el artículo 5.2 CPC se recoge dentro de las disposiciones generales exigibles del hábeas corpus, del amparo, del hábeas data y del proceso de cumplimiento. Pero esto no significa que la causal de improcedencia sea predicable de todas estas garantías constitucionales. No lo es respecto del hábeas corpus porque el propio artículo 5°.2 CPC ha planteado respecto de él una clara excepción; y no lo es respecto de la demanda de cumplimiento porque este proceso constitucional no es apto para defender derechos constitucionales (artículo 70.3 CPC). La mencionada causal de improcedencia será predicable del amparo y del hábeas data, aunque será respecto del amparo que se planteen las cuestiones más relevantes, como se hará en este trabajo.

En segundo lugar, en este trabajo se emplearán indistintamente las expresiones «acción de amparo», «garantía constitucional de amparo» y «proceso constitucional de amparo». Si bien el Código Procesal Constitucional

emplea la expresión «proceso constitucional», esto no quiere significar que las otras dos expresiones deban quedar desplazadas y se hayan convertido en jurídicamente inválidas. De hecho, no sólo siguen plenamente vigentes, sino que además tienen una mayor legitimidad de uso si se repara en que son expresiones dispuestas por el propio constituyente peruano (artículo 200 CP). Y en tercer lugar, cuando en este trabajo se emplee la expresión «vía judicial ordinaria», se hará para hacer referencia a los procesos judiciales ordinarios. Esta expresión se empleará en contraposición a las vías «extraordinarias» que significan los procesos constitucionales.

II. DEFINICIÓN NEGATIVA Y POSITIVA DEL AMPARO COMO UN PROCESO RESIDUAL O EXCEPCIONAL

1. Definición negativa

Sólo puede entenderse la causal de improcedencia recogida en el artículo 5.2 CPC si se admite con carácter previo la naturaleza residual de la acción de amparo. ¿Qué significa que el proceso de amparo se constituya en un mecanismo residual de defensa de derechos constitucionales? Desde una perspectiva negativa significa que no podrá acudirse al amparo para la defensa de cualquier derecho constitucional, si esa misma defensa puede lograrse a través de algún proceso en la vía judicial ordinaria. Al amparo sólo se podrá acudir residualmente, cuando la defensa del derecho constitucional no ha sido conseguida a través de otros medios judiciales.

En este contexto, hablar de *residualidad* en referencia al amparo, significará hablar de *excepcionalidad*. La *excepcionalidad*, por otra parte, se opone a la *alternatividad*, que predicada del amparo significa que el quejoso tendrá siempre la libertad de decidir acudir al proceso constitucional de amparo o acudir a la vía judicial ordinaria en defensa de su derecho constitucional. El amparo en el Perú, antes de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, era considerado un mecanismo constitucional plenamente alternativo. Durante la vigencia del artículo 6 de la Ley 23506[1], la jurisprudencia constitucional definió claramente que el proceso de amparo no era un proceso residual o excep-

1. Se establecía en este dispositivo que «[n]o proceden las acciones de garantía: 3. Cuando el agraviado opta por acudir a la vía judicial ordinaria». Significaba este dispositivo que ante una supuesta agresión de su derecho constitucional, el titular podía acudir al mecanismo constitucional del amparo o al mecanismo judicial ordinario. Decidía siempre el que se decía agraviado en su derecho constitucional.

cional[2], sino más bien uno alternativo. El amparo, dijo el Tribunal Constitucional, es «un proceso alternativo, en el que la protección de los derechos constitucionales queda librada a la opción que toma el justiciable»[3]. Dentro de este sistema de alternatividad, la única limitación que tenía el titular del derecho para acceder al amparo era que la agresión del derecho constitucional debería haber ocurrido de modo manifiesto, sin que sobre ella existiese duda alguna[4].

2. Definición positiva

Pero no sólo es posible formular una definición negativa del carácter residual o excepcional del amparo, sino que también es posible definirlo positivamente. Una definición positiva tiene una doble significación. En primer lugar significa que el amparo sólo procede después de haberse intentado infructuosamente la salvación del derecho constitucional en la vía judicial ordinaria, es decir, cuando *definitivamente* no es posible alcanzar la protección del derecho en la vía judicial ordinaria.

A este primer supuesto se le denominará a lo largo de este trabajo como *excepcionalidad por definitividad*. Y en segundo lugar, significa que el quejoso podrá acudir al amparo sólo cuando el ordenamiento jurídico no le ha ofrecido una vía judicial ordinaria que le permita la misma protección que le ofrece el amparo para la defensa de su derecho constitucional. De esta manera, podrá acudir al amparo sólo *subsidiariamente* cuando en la vía judicial ordinaria

2. Dijo entonces el Tribunal Constitucional que «el proceso de amparo en nuestro ordenamiento jurídico no es un proceso subsidiario al que se puede acudir cuando no existen vías judiciales idóneas para dilucidar la controversia en torno a probables agresiones a derechos de categoría constitucional». EXP. N.° 0200–2001–AA/TC, de 18 de octubre de 2001, f. j. 1. Igualmente hubo manifestado que «en nuestro ordenamiento jurídico, el afectado en sus derechos constitucionales (...) no está obligado a acudir previamente a las instancias judiciales ordinarias, y sólo si en ellas no se hubiera obtenido una tutela judicial adecuada, acudir al amparo. En nuestro país, en efecto, el amparo constitucional no es una vía excepcional, residual o extraordinaria, a la cual el justiciable debe recurrir cuando ha agotado todas las vías judiciales idóneas para tutelar los derechos constitucionales». EXP. N.° 0976–2001–AA/TC, de 13 de marzo de 2003, f. j. 3.
3. EXP. N.° 1418–2001–AA/TC, de 27 de septiembre de 2002, f. j. 2.
4. Así, tuvo mencionado el Tribunal Constitucional que la alternatividad tenía «la única limitación de que es un proceso que no cuenta con etapa probatoria, y la posibilidad de la tutela de los atributos subjetivos queda condicionada a que el acto lesivo sea de tal naturaleza, que crea conciencia en el juez constitucional de la necesidad de poner fin a la agresión sufrida por el demandante» (EXP. N.° 0261–2003–AA/TC, de 26 de marzo de 2003, f. j. 2). Es decir, «la posibilidad de la tutela de los derechos constitucionales, queda

no existe otro mecanismo de protección idóneo. Por esta razón, en este trabajo, a este segundo supuesto se le llamará *excepcionalidad por subsidiaridad*. Sobre estos dos supuestos que conforman la definición positiva del carácter residual o excepcional del amparo, se pasará a estudiar a continuación.

III. LA EXCEPCIONALIDAD POR DEFINITIVIDAD

1. Definición de la modalidad

La excepcionalidad por definitividad para referirla del amparo, puede definirse como aquella que permite «acudir a iniciar un proceso constitucional de defensa de un derecho constitucional, [sólo] si es que previamente se ha agotado la vía judicial ordinaria correspondiente, la misma que otorga también la posibilidad de salvación del derecho constitucional afectado»[5]. Es decir, el agraviado en su derecho constitucional no podrá dar inicio al proceso constitucional de amparo si antes no ha intentado, en las instancias judiciales ordinarias correspondientes, hacer desaparecer la amenaza o violación efectiva de su derecho constitucional. Sólo si definitivamente no ha logrado ahí la salvación de su derecho constitucional, el agraviado podrá iniciar un proceso de amparo.

2. El caso español

La aquí llamada *excepcionalidad por definitividad* es la modalidad por la que ha optado el constituyente español[6]. En efecto, la Constitución española dispone que «[c]ualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en al artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional» (artículo 53.2 CE)[7]. El recurso de amparo, que se tramita ante el Tribunal Constitucional, sólo podrá ser interpuesto después de que el agraviado haya agotado

condicionada a que el acto lesivo sea manifiestamente arbitrario y no requiera de la actuación de pruebas para la dilucidación de la controversia». EXP. N.° 1418-2001-AA/TC, citado, f. j. 2.

5. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Alternatividad y excepcionalidad en los procesos constitucionales*, en BERNALES BALLESTEROS, Enrique y otros, «Código Procesal Constitucional Comentado», Normas Legales, Trujillo 2005, ps. 28-29.
6. En el mencionado ordenamiento jurídico a esta modalidad del amparo se le conoce con el nombre de «principio de subsidiaridad».
7. El mencionado artículo 14 CE dispone que «[l]os españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal

la vía judicial en todas sus etapas e instancias, por agresiones provenientes tanto del Poder legislativo[8], del Poder ejecutivo[9], y del Poder judicial[10].

Al interpretar este artículo 53.2 CE, se ha escrito con razón que «[e]n su virtud se impone (...) tanto un criterio de organización de la jurisdicción de amparo como una carga (...) para quien pretenda deducir su queja ante el Tribunal Constitucional. De conformidad con aquel criterio, *el legislador debe articular las vías judiciales ordinarias de modo tal que la intervención del Tribunal Constitucional, como juez de amparo, sea siempre ulterior a la del juez ordinario*»[11]. Y es que «[e]l amparo constitucional es, (...), un recurso por el que se solicita del Tribunal Constitucional la preservación o, en su caso, restablecimiento de un derecho fundamental que se reputa conculcado. *Se configura, pues, como último recurso* para evitar la vulneración de derechos fundamentales o, si ya se ha producido, repararla»[12].

---

o social». La sección primera del capítulo segundo de la CE se denomina «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas».

8. Respecto del Poder legislativo por actos no legislativos (por actos legislativos el procedimiento es otro distinto: el recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad), se puede leer en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional español (LOTC 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional) que «[l]as decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes» (artículo 42). Según el Tribunal Constitucional español, para que pueda ser recurrida por amparo una acto o decisión sin valor de ley del órgano legislativo, «es menester (...) que dichos actos parlamentarios hayan alcanzado firmeza; lo que sólo se alcanza una vez que se hayan agotado las instancias internas y jurisdiccionales establecidas contra tales actos». STC 125/1990, de 5 de julio, f. j. 4.
9. Respecto del Ejecutivo dispone la mencionada Ley orgánica del Tribunal Constitucional español que «[l]as violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los Órganos Ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo *una vez que se haya agotado la vía judicial procedente*, de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución» (artículo 43.1).
10. De igual forma se puede leer en la ya referida Ley orgánica del Tribunal Constitucional, y en referencia al Poder judicial, que «[l]as violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: *Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.*» (artículo 44).
11. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales*. En ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (coordinador). «Comentarios a la Constitución española de 1978», p. 514. La cursiva de la letra es añadida.
12. GARCÍA MORILLO, Joaquín. *Las garantías de los derechos fundamentales (II)*. En: AA. VV. «Derecho Constitucional», volumen I, 5ª edición, tirant lo blanch, 2002, p. 489. La cursiva de la letra es añadida.

El Tribunal Constitucional Español también ha hecho mención a esta modalidad de excepcionalidad del amparo al manifestar que «cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado y adecuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de interponerse antes de acudir a este Tribunal. Es preciso, por tanto, que *se apuren las posibilidades de todos los remedios procesales que se ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental que se estima lesionado, de suerte que, cuando aquellas vías no han sido recorridas, el recurso de amparo resultará inadmisible* (SSTC 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 4/2000, de 17 de enero, FJ 2; 52/2000, de 28 de febrero, FJ 3; 86/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 284/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; y 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3)»[13].

3. El caso mexicano

La excepcionalidad por definitividad es una modalidad del amparo que también se haya recogida en el ordenamiento constitucional mexicano. En este caso se ha recogido el principio de definitividad a la par que una serie de excepciones que lo han convertido en un principio de difícil aplicación. Por esta razón, aquí no será más que mencionado debido a que su complejidad demandaría un tratamiento pormenorizado que excedería la brevedad de este trabajo. Simplemente se afirmará que el referido principio ha sido recogido en la Constitución mexicana (CM) en el artículo 107, fracción III, apartados a y b[14]; artículo 107, fracción IV[15]; y en el artículo 107, fracción V, apartados a y b[16]. De manera general se puede afirmar que, en virtud del principio

13. STC 60/2005, de 14 de marzo, F. J. 2. La cursiva de la letra es añadida.
14. En este dispositivo constitucional se ha establecido que «[c]uando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes: a) Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados; b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan».
15. En el que se ha dispuesto que «[e]n materia administrativa el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal».
16. En este dispositivo se ha manifestado que «[e]l amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio (...) en los casos siguientes: a) En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares. b) En materia administrativa, cuando se reclamen por particulares sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por tribunales administrativos o judiciales, no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal».

de definitividad, «[p]ara que la acción de amparo sea procedente es necesario que se agoten todas las instancias, recursos y medios de defensa ordinarios previstos por las leyes que rijan el acto que se reclama y que puedan modificarlo o revocarlo»[17].

IV. EXCEPCIONALIDAD POR SUBSIDIARIDAD

1. Definición de la modalidad

Este tipo de excepcionalidad significa que «se puede acudir al amparo sólo en el supuesto que no exista regulado un proceso judicial en la vía ordinaria que permita la salvación del derecho constitucional afectado, con una rapidez y eficacia si no mayor si al menos semejante a la que se conseguiría con la garantía constitucional»[18]. En este caso el amparo procederá sólo *subsidiariamente* en el supuesto que no exista un proceso judicial igualmente eficaz que el constitucional. No se exige –como sí se exigía en la modalidad de *excepcionalidad por definitividad*– que se agote la vía judicial para recién tener la posibilidad de acudir al amparo. Si en la vía judicial existe un procedimiento que brinda al quejoso la misma protección que le brinda el amparo constitucional, sencillamente se le cierran las puertas del amparo. La salvación del derecho constitucional deberá intentar lograrla en el proceso judicial igualmente idóneo que el amparo, nunca a través de éste.

2. El caso argentino

La *excepcionalidad por subsidiaridad* ha sido recogido en el sistema constitucional argentino, en cuya Constitución se ha establecido que «[t]oda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, *siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva» (artículo 43 CA)[19]. Complementariamente, en el artículo 2 de la Ley 16.986, Ley de acción de amparo, se tiene dis-

17. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *La acción constitucional de amparo en México y España*, 3ª edición, Porrúa, México D. F. 1982, p. 314.
18. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Normas autoaplicativas ,alternatividad y amparo contra amparo en el Código Procesal Constitucional*, en «Revista Jurídica del Perú», nº 59, Diciembre de 2004, p. 38.
19. La cursiva de la letra es añadida.

puesto que «[l] acción de amparo no será admisible cuando: a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate».

Como bien se ha afirmado, «[c]onforme el esquema de la ley 16.986, la acción de amparo resulta (en Argentina, no así en otros países) un instituto excepcional, residual o heroico, como lo llama la doctrina (...). Únicamente es admisible el amparo, entonces ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados, para atender idóneamente al problema planteado: el amparo, se ha dicho, presupone el desamparo»[20]. Esta afirmación, sin embargo, parecería requerir de precisión al constatarse que la Constitución Argentina habla de *medio judicial más idóneo* a diferencia de la ley 16.986, cuyo texto es anterior al del actual artículo 43 CA. La precisión iría en la línea de afirmar que la existencia de otras vías judiciales no obsta necesariamente al empleo de la demanda constitucional de amparo, cuando esas vías judiciales sean *menos idóneas* para la protección inmediata que depara el amparo al derecho constitucional[21].

V. LA EXCEPCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO

1. El artículo 4 CPC: Excepcionalidad por definitividad

En el ordenamiento jurídico peruano, la Constitución peruana no dispone nada –como se ha visto lo hace la Constitución española, la mexicana y la argentina–, acerca del carácter excepcional del proceso constitucional de amparo. Quien sí lo ha hecho ha sido el legislador al disponer la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales firmes emanadas de un procedimiento irregular (artículo 4 CPC)[22]. En estos supuestos, producida la violación del derecho constitucional a la tutela procesal efectiva a través de una resolución

20. SAGÜÉS, Néstor. *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo.* Vol. 3, 4ª edición, Astrea, 1995, Buenos Aires, p. 176.
21. BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental del Derecho Constitucional Argentino*, Tomo VI, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 312. También EKMEKDJIAN, Miguel Á. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 51.
22. Se ha dispuesto en este artículo que el amparo «procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo».

judicial[23], el afectado no podrá acudir directamente al amparo, sino que ha de recorrer la vía judicial hasta agotarla por completo, momento en el que la resolución cuestionada adquiere la firmeza exigida para ser atacada mediante un proceso de amparo. Sólo si *definitivamente* el quejoso no ha conseguida la protección de su derecho constitucional en la vía judicial ordinaria, podrá recién acudir al proceso de amparo. Sobre esta modalidad no se dirá nada más, por no constituir el objeto de la cuestión en este trabajo[24].

2. El artículo 5.2 CPC: Excepcionalidad por subsidiariedad

Pero el legislador peruano, también ha recogido la modalidad de *excepcionalidad por subsidiaridad* para referirla del amparo. Como ya se tuvo oportunidad de decir al inicio de este trabajo, no proceden los procesos constitucionales cuando «[e]xistan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus» (artículo 5.2 CPC).

El legislador peruano ha dispuesto que frente a una agresión a un derecho constitucional, con carácter previo y necesario el agraviado deberá preguntarse si la misma protección que encontraría en el amparo la puede conseguir en algún otro proceso específico en la vía judicial ordinaria. Si es posible esa otra igual protección, se habrán cerrado definitivamente las puertas del amparo para el quejoso, y deberá intentar encontrar la salvación de su derecho constitucional en ese otro proceso específico distinto del amparo. Sólo si no existiese una tal vía procesal, *subsidiariamente* podrá intentar defender

23. En el tercer párrafo del artículo 4 CPC se ha establecido que «[s]e entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal».

24. Me remito a la argumentación que en otro lugar he planteado para considerar que la modalidad de amparo excepcional por definitividad se encuentra recogido en el artículo 4 CPC; y que la modalidad de amparo alternativo se concluye de una interpretación *contrario sensu* del artículo 5.2 CPC. Cfr. mis trabajos *Alternatividad y excepcionalidad...*, ob. cit.; *Normas autoaplicativas ,alternatividad...*, ob. cit., y *Comentarios al Código procesal Constitucional*, Universidad de Piura - ARA editores, Lima 2004.

su derecho constitucional a través del amparo. Al disponer esto el Código Procesal Constitucional, no cabe duda que legislativamente se ha previsto para el amparo la modalidad de *excepcionalidad por subsidiariedad* en los términos que ya fue desarrollada anteriormente.

La cuestión que conviene plantearse ahora, en orden a la finalidad de este trabajo, es si este dispositivo legal es o no constitucional. La cuestión se plantea en la medida que, como ya se advirtió, no ha sido la norma constitucional sino la legal, la que se ha dispuesto acerca de la excepcionalidad del amparo. De manera general, y como inmediatamente se pasará a desarrollar, existen argumentos para sostener la inconstitucionalidad de la medida que se recoge en el artículo 5.2 CPC.

VI. SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5.2 CPC

1. Razonamiento desde la alternatividad Constitucional

El primer cuestionamiento al 5.2 CPC está dirigido a afirmar que del texto constitucional peruano actual brota la alternatividad en el amparo y no la excepcionalidad. En efecto, en el ordenamiento constitucional peruano todos los derechos constitucionales o fundamentales[25] son pasibles de protección mediante los procesos constitucionales. Tal y como se recogen las garantías de derechos constitucionales en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 200 CP, se puede llegar a dos conclusiones preliminares. La primera es que las mencionadas garantías únicamente proceden para la defensa de derechos fundamentales (más precisamente, del contenido constitucional de estos derechos), en ningún caso proceden para la defensa de derechos que no tengan rango constitucional. Y la segunda conclusión es que todos tienen a su disposición los referidos mecanismos constitucionales a fin de lograr la defensa y salvación de sus derechos fundamentales[26].

De modo que si en los hechos ocurre una amenaza o la violación efectiva de un derecho constitucional, el mecanismo procesal previsto por la Norma fundamental es el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data, depen-

25. En el caso peruano es indistinto emplear la expresión «derechos humanos», «derechos fundamentales» y «derechos constitucionales», para hacer referencia a los derechos de la persona recogidos en la norma suprema. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos de la persona en el ordenamiento constitucional peruano: un deslinde terminológico*, en «Revista Peruana de Jurisprudencia», 50, abril 2005, ps. III–XXXII.

26. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 2ª edición, Palestra, Lima 2005, ps. 514–526.

diendo –obviamente– del derecho agredido. Así, incurrirá en inconstitucionalidad toda disposición legal que vaya en contra de la posibilidad de acceder a estos mecanismos procesales frente a la afectación real y manifiesta del contenido constitucional de un derecho fundamental. Dicho con otras palabras, será inconstitucional el dispositivo legal que obligue al afectado en su derecho constitucional a acudir a mecanismos de protección distintos a los previstos por la misma norma constitucional cuando se ha violado de modo claro y manifiesto el contenido constitucional de alguno de sus derechos fundamentales.

Pues bien, en esa inconstitucionalidad está incurriendo el artículo 5.2 CPC cuando obliga al quejoso a acudir a la vía judicial ordinaria para conseguir la salvación de su derecho constitucional, y no a la vía procesal prevista constitucionalmente. En estos casos, la manera de que sea constitucional el acceso al procedimiento judicial ordinario por parte del perjudicado en su derecho constitucional, será si él decide libremente acudir a la vía judicial ordinaria y no al proceso constitucional. Lo que está prohibido, so pena de inconstitucionalidad, es obligarle a abandonar la vía constitucional.

Y es que del texto constitucional brota la alternatividad en los procesos constitucionales que defienden derechos. El texto constitucional ha previsto que estos procesos sean activados ante la afectación de derechos constitucionales, no ha planteado ninguna exigencia adicional. El hecho que en la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional se exija que para la procedencia de la demanda constitucional, la afectación del derecho constitucional deba ser clara, manifiesta y no litigiosa[27], es una exigencia que no es inconstitucional en la medida que brota de la propia naturaleza urgente y sumaria del proceso destinado a proteger derechos constitucionales.

En efecto, aunque en la norma constitucional no aparezca recogida la exigencia de que la agresión deba ser indubitable para permitir el acceso al proceso constitucional, es razonable que se exija porque la gravedad

27. Es criterio plenamente asentado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la lesión al derecho constitucional debe ser clara e incontrovertible para ser pasible de atenderse a través del amparo. Así, tiene declarada la procedencia del proceso constitucional sólo «cuando se ha violado o amenazado algún derecho constitucional de manera cierta, inminente, actual y no discutible» (EXP. N.º 0721–1998–AA/TC, de 22 de octubre de 1998, f. j. 2). Y es que la finalidad de las acciones de garantía determina que para su procedencia «deba constatarse una afectación clara y manifiesta de un derecho constitucional». EXP. N.º 2478–2004–AA/TC, de 26 de octubre de 2004, f. j. 2.

que supone la agresión de un derecho constitucional obliga a una respuesta urgente por parte del órgano judicial, y sólo podrá ser posible una respuesta rápida si es que se tramitan mediante esa vía procedimental, sólo las agresiones claras y manifiestas que no requieren –como regla general– de una etapa de actuación de pruebas. Lo irrazonable –e inconstitucional– sería precisamente lo contrario, porque de esa manera no sólo se está impidiendo una protección acorde con la especial significación e importancia del objeto protegido[28], sino también porque no habría diferencia jurídicamente relevante entre un proceso constitucional y un proceso judicial ordinario, con la consecuente desnaturalización del primero de los mencionados[29].

Que existan otras vías menos urgentes, menos sumarias, menos efectivas para la salvación del derecho constitucional y que el afectado opte por esas vías, es una cuestión que debería quedar a la libre decisión del agraviado en su derecho constitucional. No se olvide que el sistema peruano no es –por ejemplo– el sistema español, mexicano o argentino, en los cuales –como se hizo notar– se ha previsto la posibilidad de que el afectado en su derecho constitucional deba acudir a la vía judicial ordinaria en lugar del amparo. Pero en estos sistemas es posible precisamente porque así lo ha previsto su norma fundamental. Si se desea que el sistema peruano sea uno excepcional, se hace necesaria una reforma constitucional.

Y es que en un Estado democrático de derecho en el que la persona humana –y por tanto sus derechos fundamentales–, es el fin, sólo puede admitirse la excepcionalidad en los procesos constitucionales ahí donde el texto constitucional lo haya dispuesto expresamente. Si el constituyente no ha previsto de modo incontrovertible la excepcionalidad, se ha de considerar que lo dispuesto es la alternatividad. Por eso es que en los mencionados ordenamientos español, mexicano y argentino, es la misma Constitución la que

28. Sobre la especial significación jurídica de la persona humana y de sus derechos fundamentales, cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El valor jurídico de la persona humana*, en «Revista Galega de Cooperación científica iberoamericana», nº 11 – 2005, ps. 31–40.

29. Y es que intentar asemejar el proceso constitucional al proceso judicial ordinario permitiría que a aquél vayan a discutirse cuestiones litigiosas que exigen de actuación de pruebas. Con esto se estaría produciendo una inconstitucional desnaturalización de las garantías constitucionales como mecanismos de protección y aseguramiento de derechos constitucionales. Los procesos constitucionales se asemejarían a los procesos judiciales ordinarios, lo que en buena cuenta supondría –al menos desde el punto de vista de su protección–, que los derechos constitucionales se han asemejado a los derechos infraconstitucionales o legales.

expresamente ha recogido la excepcionalidad del amparo (ya sea en su modalidad de subsidiaridad o de definitividad).

2. Argumento desde el derecho constitucional de acceso a los procesos constitucionales

Otra posible línea de argumentación de la inconstitucionalidad del artículo 5.2 CPC la constituye el considerar que la protección de los derechos constitucionales a través de las garantías constitucionales previstas en el artículo 200 incisos 1, 2 y 3 CP, es en sí mismo un derecho constitucional. En la Convención americana de Derechos humanos puede leerse que «[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales» (artículo 25.1).

Ese *recurso sencillo y rápido* para protección de los derechos fundamentales al que hace referencia el texto internacional, ha sido concretado y definido por el constituyente peruano al momento de disponer que tales recursos son el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data[30]. Lo que se está previendo, con esta decisión de carácter constituyente, es un derecho a favor del agraviado y además de rango constitucional. Así, se puede hablar del derecho constitucional de acceso a los procesos constitucionales cuando ocurra la violación de un derecho constitucional.

En este sentido se ha movido el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional, para el que «detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo–constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales»[31]. Este derecho constitucional, ha dicho el Tribunal Constitucional, puede ser considerado como una manifestación del derecho a la protección jurisdiccional de los derechos constitucionales. Así, «detrás (...) del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos [constitucionales]»[32].

30. La Corte interamericana de Derechos humanos ha hecho referencia al artículo 25.1 de la Convención, al afirmar que se trata de «una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales». Opinión consultiva OC–9/1987, párrafo 23.
31. EXP. N.º 1230–2002–HC/TC, de 20 de junio de 2002, f. j. 4.
32. EXP. N.º 2209–2002–AA/TC, de 12 de mayo de 2003, f. j. 3.

Este derecho, como todo derecho fundamental, cuenta con un contenido constitucional que se define a través tanto de su dimensión subjetiva o de libertad, como de su dimensión objetiva o prestacional[33]. En virtud de la primera, el derecho faculta a su titular a que cada vez que exista una agresión clara y manifiesta de alguno de sus derechos fundamentales, pueda acudir al proceso constitucional, sin que se le pueda constreñir a no hacerlo o a hacerlo a través de un procedimiento distinto. En virtud de la segunda dimensión (la dimensión objetiva o prestacional), obliga al poder político a realizar actos positivos (legislativos, ejecutivos y judiciales) que favorezcan a la plena vigencia del derecho constitucional, por lo pronto, de la facultad de acceso que trae consigo la referida dimensión de libertad del derecho de acceso.

El artículo 5.2 CPC cuando –en buena cuenta– frente a una agresión clara y manifiesta de un derecho fundamental obliga al afectado a acudir a la vía procesal ordinaria en lugar de la vía procesal constitucional, vulnera tanto la dimensión subjetiva como la objetiva del derecho constitucional de acceso al proceso de amparo[34]. Vulnera la dimensión subjetiva porque niega la facultad de acceso incluso cuando la violación del contenido constitucional de algún otro derecho fundamental es manifiesta e incontrovertible. Vulnera, además, la dimensión objetiva del derecho constitucional de acceso al amparo porque en lugar de promover la correcta y plena vigencia de este derecho, lo restringe y dificulta de manera irrazonable, como inmediatamente se pasará a argumentar.

3. Razonamiento desde el principio de proporcionalidad de las medidas que afecten derechos constitucionales

A) El artículo 5.2 CPC y el principio de proporcionalidad

Una tercera línea de argumentación que puede presentarse para discutir la constitucionalidad del artículo 5.2 CPC, tiene que ver con la proporcionalidad de la *restricción* del derecho constitucional de acceso a los procesos constitucionales que trae consigo este dispositivo legal. En referencia a este derecho constitucional de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales de la

33. DOLDERER, Michael. *Objektive Grundrechtsgehalte*. Dunker & Humblot, Berlín, 2000; MÜLLER, Jörg Paul. *Zur sog. Subjektiv– und Objektiv– Rechtlichen Bedeutung der Grundrechte. Rechtsvergleichende Bemerkungen aus Schweizer Sicht*. Am «Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre Öffentliches Recht und Verffasungsgesichte», 29, 1990.

34. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código...*, ob. cit., p. 184.

libertad, ha dicho el Tribunal Constitucional que «no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio»[35].

Dicho esto, corresponde plantear la pregunta siguiente: ¿se ajusta al principio de proporcionalidad o razonabilidad la *restricción* que del derecho de acceso a los procesos constitucionales hace el artículo 5.2 CPC? Esta pregunta ayudará a determinar la constitucionalidad del precepto legal porque el principio de proporcionalidad o razonabilidad[36] se configura como un parámetro para determinar la constitucionalidad de las leyes cuando éstas recogen una *limitación* de un derecho constitucional[37]. Como se sabe, una medida que afecta un derecho constitucional es proporcional si supera conjuntamente los siguientes tres juicios: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Si no superase alguno de estos juicios, la medida sería irrazonable y por tanto, inconstitucional.

B) El artículo 5.2 CPC no es una medida idónea

¿Se ajusta el artículo 5.2 CPC al juicio de idoneidad? Este juicio tiene una doble exigencia: «[e]n primer lugar requiere que la medida o acto restrictivo de un derecho constitucional tenga un fin; y en segundo lugar exige

35. EXP. N.º 5854-2005/PA, de 8 de noviembre de 2005, f. j. 28.

36. Para el Tribunal Constitucional el principio de proporcionalidad equivale al principio de razonabilidad. Ha manifestado el Alto Tribunal que «[s]i bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable» (EXP. N.º 2192-2004-AA/TC, de 11 de octubre de 2004, f. j. 15). Y es que «más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad». EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, de 5 de julio de 2004, f. j. 35. Igual declaración se encuentra en la sentencia al EXP. N.º 0013-2003-CC/TC, de 29 de diciembre de 2003, f. j. 10.6.

37. Tiene declarado el Tribunal Constitucional que «la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200° de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad». EXP. N.° N.° 2235-2004-AA/TC, de 18 de febrero de 2005, f. j. 6.

que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin»[38]. En lo que respecta a la primera exigencia, conviene determinar la finalidad del artículo 5.2 CPC atendiendo a lo expresado por los encargados de redactar lo que hoy es el Código Procesal Constitucional.

Así, conviene recordar lo afirmado por la Comisión de juristas que tuvo a su cargo la redacción del anteproyecto de ley de lo que hoy es el Código Procesal Constitucional, que «la ley [CPC] y el anteproyecto que le sirvió de base pretende que el amparo y, en general los procesos constitucionales, sean excepcionales o residuales y sólo sean utilizados cuando realmente resulten indispensables»[39]. Igualmente han afirmado que «el amparo adquiere un carácter *excepcional o residual*, atendiendo a su naturaleza de proceso constitucional y no ordinario destinado a la protección de un derecho constitucional, cuando se afecta el contenido constitucionalmente protegido del mismo y no aspectos secundarios o de índole legal, asuntos que deben ventilarse por las vías judiciales comunes»[40]. Conviene también afirmar que la Comisión parlamentaria de Justicia y Derechos humanos, que tuvo a su cargo el trabajo de dictamen parlamentario de lo que hoy es el Código Procesal Constitucional, proponía la aprobación como ley del proyecto, «siendo conscientes de que los procesos constitucionales suelen ser usados, de manera deliberada, para resolver conflictos que no son necesariamente de contenido constitucional, con el propósito de aprovechar precisamente su urgencia (celeridad)»[41].

Con base en estas declaraciones, puede afirmarse que la finalidad de la medida restrictiva del derecho contenida en el artículo 5.2 CPC, es lograr que los procesos constitucionales, en particular el amparo, no resulten desnaturalizados al ser empleados de modo indiscriminado. Se busca asegurar que los procesos constitucionales, en particular el amparo, sólo lleguen a ser empleados cuando realmente esté en juego (el contenido constitucional) de un derecho fundamental.

Esta finalidad ¿es una finalidad válida? De manera general, se puede afirmar que esta finalidad es constitucionalmente válida en la medida que favorece el correcto y estricto empleo de una figura constitucional como es los procesos constitucionales. Incluso, y dadas las concretas circunstancias de

38. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano*. Especial referencia al ámbito penal, en AA. VV. «Tendencias modernas del Derecho», Normas Legales, Trujillo 2004, p. 161.
39. AA. VV., *Código Procesal Constitucional. Comentarios...*, ob. cit., p. 28.
40. Idem, p. 69.
41. Exposición de motivos del proyecto de ley Nº 09371: Código Procesal Constitucional, punto 5.

inflación y desnaturalización en la que existía el proceso constitucional de amparo antes de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional[42], se puede afirmar que se trata de una finalidad socialmente relevante.

El artículo 5.2 CPC, ¿se presenta como una medida idónea para la consecución de la antes mencionada finalidad? Si obligamos al afectado en su derecho constitucional a acudir a la vía judicial ordinaria cuando exista en ella un proceso específico igualmente efectivo que el amparo para la defensa de un derecho constitucional, nada asegura que se acuda al amparo sólo cuando exista una verdadera agresión del derecho constitucional. En efecto, por sí sola la medida del artículo 5.2 CPC no impide la desnaturalización del amparo, pues por sí misma permite acudir al amparo con sólo invocar la agresión de un derecho constitucional y constatar fehacientemente que en la vía judicial ordinaria no existe un proceso que ni de cerca se asemeja en efectividad al proceso constitucional.

Y es que la obligación de acudir a la vía procesal judicial en lugar de a la vía procesal constitucional, nada dice acerca de la *indispensabilidad* del empleo del amparo. Esta indispensabilidad y consiguiente no desnaturalización del amparo, viene definida por otra exigencia bien distinta: la exigencia que sólo procederá el proceso constitucional cuando los hechos y el petitorio de la demanda estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (artículo 5.1 CPC); y que la agresión a ese contenido sea clara y manifiesta debido a la inexistencia de etapa probatoria (artículo 9 CPC).

Es más, aún considerando que la medida contenida en el artículo 5.2 CPC permitiese –incluso– asegurar que sólo se acudirá al amparo cuando exista una manifiesta agresión del contenido constitucional de un derecho fundamental, en rigor no se estará consiguiendo la finalidad de evitar la desnaturalización del amparo. Esto ocurre porque el artículo 5.2 CPC no asegura por sí misma que lleguen a tramitarse por amparo todas las cuestiones que constitucionalmente se ha dispuesto sean tramitadas a través del amparo por estar involucrada la agresión manifiesta al contenido constitucional de un

42. Como apuntaba Borea Odría a mediados de la década de los 90, «[o]tro problema del amparo es su *inflación*, esto es, la proliferación de juicios de amparo decididamente inmotivados, carentes de fundamento o abiertamente fabricados. Ello importa la manipulación o adulteración del amparo, como genuino producto constitucional, a favor de intereses secundarios o rastreros. Naturalmente, todo ello provoca una seria devaluación institucional de esta acción, con su consecuente desprestigio». Borea Odría, Alberto. *Evolución de las garantías constitucionales*, 2ª edición, Grigley, Lima, 1996, p. 11.

derecho fundamental. Y es que se puede contravenir lo indispensable y, por tanto, desnaturalizar el proceso de amparo, tanto por exceso como por defecto. Por exceso cuando se pretende acudir al amparo sin que exista la agresión de un contenido constitucional, y por defecto cuando existiéndola se obliga acudir al quejoso a otra vía distinta del amparo.

Por lo dicho hasta aquí, la medida restrictiva contenida en el artículo 5.2 CPC no es idónea porque no asegura la consecución de la finalidad: en sí misma no favorece que el amparo no se desnaturalice, al *no ser apta* para lograr que sólo las agresiones de derechos constitucionales sean tramitadas a través del amparo; y al *no ser apta* para lograr que sólo las afectaciones de derechos constitucionales sean tramitadas a través del amparo. Es una medida desproporcionada por no idónea y, por tanto, es una medida inconstitucional.

C) El artículo 5.2 CPC no es una medida necesaria

Podría quedar en este punto el razonamiento de la inconstitucionalidad del artículo 5.2 CPC, sin embargo, y para mayor abundamiento, se analizará si la mencionada medida legislativa se ajusta o no a un juicio más: el juicio de necesidad. Este juicio consiste en «examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental afectado que otras medidas igualmente eficaces»[43]. Si se encuentra que es posible otra medida igualmente eficaz y menos restrictiva que la contenida en el artículo 5.2 CPC, entonces este dispositivo será desproporcionado por innecesario y, por tanto, inconstitucional.

Teniendo en cuenta la finalidad de la medida antes definida, se debe hacer notar que existe al menos una medida que puede servir de parámetro de comparación. Este medida consiste en que sólo podrá accederse a los procesos constitucionales en defensa de un derecho fundamental cuando estén fehacientemente acreditados tres elementos: primero, que está en juego un derecho fundamental (más precisamente, su contenido constitucional); segundo, la titularidad del derecho fundamental en quien se dice afectado; y tercera, la amenaza cierta e inminente o la violación efectiva del derecho fundamental. Si no están presentes de modo indubitable estos tres elementos, no se podrá acceder a los procesos constitucionales.

Esta medida de comparación ¿es igualmente eficaz que la medida contenida en el artículo 5.2 CPC? La medida del artículo 5.2 CPC, como ya se tuvo oportunidad de adelantar, nada dice acerca de la procedencia del am-

43. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El principio de...*, ob. cit., p. 164.

paro sólo cuando resulte indispensable, es más, no logra que sólo se tramiten por amparo las verdaderas violaciones de contenidos constitucionales de derechos fundamentales, de hecho, favorece a que las referidas violaciones se tramiten en las vías judiciales ordinarias. Mientras que con la medida de comparación se logrará no sólo que no se acuda al amparo cuando sea constitucionalmente innecesario, sino que además se conseguirá que se acuda al amparo cuando sea realmente indispensable. Como se puede constatar, entre una y otra medida hay una eficacia distinta: es manifiesta la mayor eficacia de la medida de comparación que la medida recogida en el artículo 5.2 CPC[44].

Pero no sólo eso, sino que además mientras la medida de comparación en estricto delimita los contornos del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a los procesos constitucionales, la medida contenida en el artículo 5.2 CPC en estricto restringe, comprime el contenido constitucional del referido derecho. En efecto, la medida de comparación delimita el contenido constitucional del derecho de acceso a los procesos constitucionales, al definir qué asuntos deben ventilarse a través del proceso constitucional, y esa definición hacerla con base en una serie de criterios (manifiesta violación del contenido constitucional de un derecho fundamental titularizado indubitablemente) que pertenecen a la naturaleza jurídica del derecho mismo, es decir, a su esencia (a su *contenido esencial*). Mientras que la medida del artículo 5.2 CPC propone y permite que una persona a la que se le ha violado de modo manifiesto algún contenido de alguno de sus derechos fundamentales, se le prohíba acudir al amparo y se le obligue acudir a la vía judicial ordinaria.

Por lo tanto, la medida contenida en el artículo 5.2 CPC es innecesaria al existir una medida más eficaz y menos restrictiva del derecho constitucional de acceso a los procesos constitucionales. Al no ajustarse al juicio de necesidad, deviene en inconstitucional.

VII. UNA POSIBLE SALIDA A LA INCONSTITUCIONALIDAD

Como se ha podido comprobar, es posible argumentar la inconstitucionalidad del artículo 5.2 CPC. Sin embargo, es posible argumentar igualmente una salida a esta inconstitucionalidad, la que se compone de al menos los dos siguientes pasos. El primero de ellos es acudir al principio de interpretación de acuerdo a la Constitución. Mediante este principio, y a través de las llamadas

44. De hecho, y como se acaba de argumentar, se puede afirmar la ineficacia de ésta última medida por no idónea para alcanzar la finalidad perseguida.

sentencias interpretativas, «se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que ésta puede ser interpretada conforme a la Constitución. Como tal, presupone la existencia, en una disposición legal, de al menos dos opciones interpretativas, una de las cuales es conforme con la Constitución y la otra incompatible con ella. En tal caso, el Tribunal Constitucional declara que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución»[45].

Hasta ahora, se ha mantenido una interpretación del artículo 5.2 CPC que contradice a la Constitución al afirmar que no permite tramitar a través del amparo verdaderas y manifiestas violaciones de derechos fundamentales y al posibilitar que esas verdaderas violaciones se tramiten en la vía judicial ordinaria, en contradicción al texto constitucional que dispone al amparo (el hábeas corpus y el hábeas data) como el mecanismo procesal de defensa de los derechos constitucionales. Pero, ¿es posible una interpretación del artículo 5.2 CPC que sea conforme a la Constitución?

Con esta pregunta se ingresa al segundo paso en la argumentación que tiene que ver con lo que el artículo 5.2 CPC ha llamado vía procedimental específica igualmente satisfactoria. Dependiendo del significado que se le dé a esta expresión, el dispositivo podrá llegar a ser interpretado de una manera compatible con la Constitución. Con lo que la cuestión se traslada a determinar si es posible definir la vía procedimental específica igualmente satisfactoria de manera tal que no contravenga la Constitución. La respuesta a esta cuestión deberá ser afirmativa siempre que se le defina con base a elementos que le acerquen al amparo. Es decir, el artículo 5.2 CPC no podrá ser considerado inconstitucional si se interpreta que la vía procedimental específica igualmente satisfactoria, debe contar con las características que a continuación se pasan a estudiar.

VIII. CRITERIOS PARA INTERPRETAR LA VÍA PROCEDIMENTAL ESPECÍFICA IGUALMENTE SATISFACTORIA DE ACUERDO CON LA CONSTITUCIÓN

1. Vía procedimental de naturaleza judicial

Para que la vía procedimental a la que hace referencia el legislador en el artículo 5.2 CPC pueda definirse como una alternativa válida al amparo, de modo que el quejoso deba acudir a ella sin que se incurra en inconstitucio-

45. EXP. N.º 0010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003, f. j. 29.

nalidad, deben concurrir en ella una serie de características. La primera de ellas es que debe tratarse de una vía procedimental de naturaleza judicial. En ningún caso este artículo 5.2 CPC puede estar haciendo referencia a vías procedimentales de naturaleza administrativa o privada. Ello por una sencilla razón fundamental: el órgano que resolverá el procedimiento administrativo o el proceso privado no será en ningún caso lo suficientemente imparcial como para considerar que a través de esa vía (administrativa o privada) podrá lograrse una protección igualmente satisfactoria, que la que se conseguiría a través del amparo que, entre otros elementos diferenciadores, viene resuelto por una autoridad imparcial. En efecto, a fin de cuentas será la propia Administración pública la que resuelva el procedimiento administrativo, o la misma persona jurídica (empresa, club, etc.) la que resuelva el proceso privado. En todo caso, las vías administrativas o las vías privadas de existir constituyen lo que en la ciencia del derecho procesal constitucional se denomina «vías previas» (artículo 5.4 CPC)[46].

En este sentido, para la defensa de sus derechos fundamentales el agraviado cuenta con procesos en la vía judicial ordinaria y con los procesos constitucionales. Los primeros son procesos distintos al proceso constitucional y que «satisface la defensa de un derecho constitucional y consigue la reposición de las cosas al estado anterior de una violación constitucional»[47]. La vía judicial ordinaria incluye tanto los procesos judiciales generales como especiales que se contengan en el Código procesal civil o en alguna norma procesal especial, como la laboral o la contencioso administrativa. Estas vías judiciales ordinarias, en principio, constituyen lo que se denomina en la teoría procesal constitucional como «vías paralelas» (artículo 5.3 CPC)[48].

2. Vía procedimental específica

La segunda característica que exige el artículo 5.2 CPC y que debe concurrir en la vía procedimental para que se configure constitucionalmente como el camino necesario al que ha de acudir el quejoso en su intento de encontrar la salvación de su derecho constitucional, es el de ser una vía específica. *La especificidad*, en este caso, debe ser entendida como singulari-

46. En este artículo se ha dispuesto que no proceden los procesos constitucionales cuando «[n]o se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus».
47. EXP. N.º 0953–2005–PA/TC, de 2 de marzo de 2005, f. j. 2.
48. Se ha establecido en el artículo 5.3 CPC que no proceden los procesos constitucionales cuando «[e]l agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional».

dad o individualidad, y esta debe ser definida en contraposición a la generalidad. Las vías judiciales ordinarias de naturaleza general no son aptas para ofrecer una defensa y protección adecuadas frente a agresiones de derechos constitucionales. Ellas han sido pensadas y estatuidas para defender y proteger derechos de rango meramente legal o administrativo y, si bien son aptas para la defensa de un derecho constitucional en la medida que son aptas para la defensa de cualquier derecho subjetivo, en ningún caso podrán brindar una protección igualmente eficaz a la que brinde, por ejemplo, el proceso constitucional de amparo.

Ningún proceso general –civil, laboral, tributario, contencioso administrativo, etc.–, servirá para cumplir con la medida prevista en el artículo 5.2 CPC. Debe tratarse de procedimientos específicos, lo que requiere que la ley procesal contencioso administrativa, civil, laboral o tributaria, defina en algún proceso de defensa de los derechos fundamentales de naturaleza administrativa (vulneración de la libertad de empresa por resolución administrativa que clausura indebidamente un local comercial), civil (honor, intimidad, etc.), laboral (libertad sindical, de huelga, protección adecuada frente al despido arbitrario, etc.), o tributaria (lesión al derecho a la propiedad por cobro de tributos confiscatorios, etc.).

Es por eso que no parece acertado cuando los redactores del anteproyecto del Código Procesal Constitucional refiriéndose al artículo 5.2 CPC, han manifestado que «si ante la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, puede iniciarse un proceso contencioso administrativo o un amparo, el juez por regla general deberá preferir el proceso contencioso administrativo»[49]. Pues, aunque el quejoso pueda acudir a un proceso contencioso administrativo, habrá que preguntarse entre otras cosas si es un proceso contencioso administrativo general o específico.

3. Vía procedimental igualmente satisfactoria

A) Definición material y formal

La tercera característica que debe concurrir en la vía procedimental a fin de que se configure constitucionalmente la causal de improcedencia prevista en el artículo 5.2 CPC, es su condición de igualmente satisfactoria que la vía procesal constitucional. ¿Igualmente satisfactoria con respecto a qué?, cabría preguntar. En la medida que el dispositivo legal mencionado se ubica dentro del Título I, referido a las disposiciones ge-

49. AA. VV., *Código Procesal Constitucional. Comentarios...*, ob. cit., p. 28.

nerales de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, y en la medida igualmente que el artículo 5.2 CPC prevé al hábeas corpus como excepción y que el proceso de cumplimiento no defiende derechos constitucionales (artículo 70.3 CPC), la respuesta es que lo igualmente satisfactorio deberá verificarse entre la vía procedimental específica y el proceso de amparo (y de hábeas data, dependiendo siempre del derecho constitucional invocado como agredido). Cabría también preguntar, complementariamente, ¿igualmente satisfactoria para qué? Obviamente, para la salvación del derecho constitucional, es decir, igualmente satisfactoria en la consecución de la finalidad de los procesos constitucionales: «reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación del derecho constitucional» (artículo 1 CPC) o, como dice el mismo artículo 5.2 CPC, «para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado».

Así, lo *igualmente satisfactorio* se define tanto desde un punto de vista material, es decir, atendiendo al objeto de protección (la *igual* protección del derecho constitucional que se obtendría a través del amparo), como desde un punto de vista formal, es decir, atendiendo al mecanismo procesal previsto para lograr el objeto de protección (la previsión de un proceso que asegure la igual protección). De la combinación de ambos criterios, el formal y el material, pueden concluirse algunos criterios que permitan definir a una vía procedimental específica como igualmente satisfactoria, y que a continuación se especifican.

B) No basta una vía judicial simplemente apta para la salvación del derecho

La vía procedimental judicial no será *igualmente satisfactoria* si es simplemente apta para conseguir el resultado de salvación del derecho constitucional afectado, pues en principio siempre habrá una vía judicial ordinaria apta para proteger derechos constitucionales. Lo que exige la norma procesal constitucional es que la vía judicial ordinaria sea igualmente satisfactoria, es decir, que exista una relación de igualdad («igualmente», dice la ley) entre la satisfacción que de la pretensión de salvación de su derecho constitucional pueda esperar el agraviado tanto en la vía procedimental judicial ordinaria, como en la vía prodecimental constitucional. Bien se ha dicho cuando se ha escrito que «la sola existencia de una vía judicial como mecanismo de protección de un derecho fundamental, no significa *per se*, que la misma sea, en todos los casos o supuestos, igualmente satisfactoria, que la estrictamente constitucional. Dicha vía, debe cuando menos y entre otras cosas, dispensar la misma dosis de tutela o sa-

tisfacer con igual intensidad la pretensión reclamada»[50]. Esta correspondencia en el grado de protección brindada por una u otra vía define materialmente el significado de vía procedimental igualmente satisfactoria. ¿Cuál es esa protección que brinda el proceso constitucional y que ha de servir de criterio para determinar si una vía procedimental es igualmente satisfactoria? Dos afirmaciones con carácter previo pueden establecerse antes de entrar a responder esta pregunta. Lo primero es que el análisis deberá realizarse siempre en función de las previsiones legales, y no en función a las disfuncionalidades que pueden ocurrir u ocurren en los hechos[51]. Y lo segundo es que, si bien existen disposiciones generales predicables de los procesos constitucionales, no debe olvidarse que también existen disposiciones particulares que individualizan a cada proceso constitucional y a las que también hay que acudir para definir lo *igualmente satisfactorio.* De modo que, aunque aquí se incidirá en lo referido al proceso de amparo, se ha de estar igualmente a las disposiciones particulares del hábeas data para definir si existe una vía procedimental igualmente satisfactoria y se configure así la causal de improcedencia del artículo 5.2 CPC.

C) Debe ser una vía judicial de trámite sumario

En referencia al proceso de amparo, la protección que se brinda viene definida al menos por los dos siguientes elementos: un elemento temporal y un elemento de eficacia. En lo que respecta al primero de ellos, se ha de reparar en que el amparo es un proceso constitucional que no sólo se muestra idóneo para alcanzar la salvación del derecho constitucional, sino que además es apto para alcanzarla en un plazo breve, es decir, se trata de un proceso sumario. La sumariedad que caracteriza los procesos constitucionales como el amparo, viene plenamente justificada por la calidad del objeto que se pretende defender. Se trata de garantizar derechos constitucionales, cuyo respeto y defensa constituye no sólo la base de un Estado democrático de Derecho, sino también la exigencia jurídica de la naturaleza y consiguiente dignidad humanas. Por eso la respuesta frente a una agresión del contenido constitucional de un derecho fundamental debe ser rápida, porque ocurrida

50. SÁENZ DÁVALOS, Luis. *Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo,* en CASTAÑEDA OTSU, Susana y otros, «Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional», Jurista editores, Lima 2005, p. 135.

51. Es bien sabido que no siempre las etapas y plazos que prevé la norma procesal llegan a verificarse en la realidad. Sin embargo, lo *igualmente satisfactorio* debe realizarse a nivel del precepto legal porque la exigencia de lo igualmente satisfactorio es una exigencia legal y no sociológica.

la violación a la dignidad del hombre, ésta debe durar lo menos posible en el tiempo. Como bien se ha escrito respecto de estos procesos, «el derecho discutido no permite respiro ni sosiego, en tanto el tiempo puede convertir en irreparable el agravio»[52]. Por tanto, desde una perspectiva formal o procedimental, esta sumariedad debe ser exigida también del proceso judicial ordinario si pretende ser *igualmente eficaz* que configure la causal de improcedencia recogida en el artículo 5.2 CPC.

Esta sumariedad, sin embargo, no necesariamente exige que coincidan exactamente los plazos y las etapas procesales entre el proceso constitucional y el proceso judicial ordinario. Basta con una coincidencia razonable, es decir, que en uno y otro supuesto se esté ante una situación de sumariedad que suponga una pronta y oportuna respuesta del órgano judicial para la salvación del derecho constitucional. Lo que sí exigirá la sumariedad es que el proceso judicial ordinario recoja una serie de aspectos procesales semejantes a los que se prevé para el amparo sin los cuales la sumariedad sólo sería una quimera. Dentro de estos aspectos procesales hay que mencionar la obligación de trámite preferente (artículo 13 CPC), y la previsión procesal de que las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en la sentencia (artículo 10 CPC). Y en particular hay una característica que debe ser resaltada especialmente: la ausencia de etapa de actuación de pruebas. De manera que sólo serán procedentes *los medios probatorios que no requieren actuación*, y si el juez considera indispensable alguna actuación probatoria, su realización no debe afectar la duración del proceso (artículo 9 CPC).

Por lo demás, no sirve como argumento para sustentar la sumariedad de un proceso judicial ordinario idóneo para la salvación de un derecho constitucional, el que permita interponer medidas cautelares. Dos son las razones que hacen inútil este argumento. Primera, que la respuesta que se obtenga mediante una medida cautelar no es una respuesta definitiva, y es claro que si un proceso ofrece una respuesta no definitiva será menos satisfactorio que aquel que la ofrece definitivamente; y segunda, que el proceso constitucional también prevé medidas cautelares en su seno, aún tratándose de procesos sumarísimos.

D) Debe ser una vía judicial especialmente eficaz

En lo que respecta al segundo de los mencionados elementos, el ele

mento de la eficacia, debe hacerse notar que el amparo no sólo es idóneo para alcanzar la protección de un derecho constitucional y alcanzarla en un plazo corto a través de un proceso sumario, sino que además, lo hace de una

52. AA. VV., *Código Procesal Constitucional. Comentarios...*, ob. cit., p. 32.

manera especialmente eficaz. Esta eficacia se manifiesta al menos en las tres siguientes situaciones. En primer lugar, en la posibilidad de plantear en el trámite del amparo (y del hábeas data) medidas cautelares, como un remedio procesal para impedir que por las circunstancias y el paso de tiempo se frustre la salvación del derecho constitucional que se llegue a disponer en una sentencia eventualmente estimatoria (artículos 15 y 16 CPC).

En segundo lugar, se manifiesta en la consecución de la finalidad: reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (artículo 1 CPC). De manera que de ser declarada fundada la demanda se pueda ordenar la «restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación» (artículo 53.3 CPC). Complementariamente, y en tercer lugar, este elemento de eficacia que define el proceso de amparo y que debe definir también la vía judicial ordinaria para ser calificada de igualmente eficaz, se manifiesta en la pronta ejecución o actuación de sentencias firmes (artículos 22 y 59 CPC), para la cual incluso se ha previsto un plazo de realización: dos días contados a partir de su notificación.

E) Dos cuestiones procesales adicionales

En la línea de afirmar los caracteres que, presentes en el proceso de amparo es razonable que se exijan de la vía procesal específica para ser considerada como igualmente satisfactoria, se encuentran dos cuestiones procesales que, en principio, no encuentran ninguna razón para no ser requeridas de la referida vía procesal específica, ello en tanto que aparecen como garantías de quien ha visto alguno de sus derechos constitucionales vulnerados.

Se trata, en primer lugar, de la previsión por la cual en los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo (artículo 6 CPC). La ausencia de esta garantía en la vía procesal igualmente eficaz, es un elemento más para definir su ineptitud como vía igualmente satisfactoria que el amparo en la defensa de un derecho constitucional. Igualmente, una vía procesal específica no llega a brindar una igual protección que la que se brinda a través del amparo, si es que no se prevé la posibilidad de que el quejoso acuda a una suerte de instancia última si es que en segunda instancia se le ha denegado la demanda constitucional[53].

53. Esa suerte de tercera instancia no residirá en el Tribunal Constitucional (el que, por mandato constitucional, conocerá como última instancia sólo de los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento), sino que deberá recaer, por ejemplo, en alguna Sala de la Corte suprema.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN: JUSTIFICACIÓN DE LA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 5.2 CPC

La pregunta que corresponde plantear ahora es la siguiente: si el artículo 5.2 CPC exige que la vía procedimental sea *igualmente satisfactoria* que el amparo para que no proceda este proceso constitucional, y lo *igualmente satisfactorio* se define en función de la protección brindada al derecho constitucional con las características antes señaladas para así salvarle de su argumentable inconstitucionalidad ¿qué sentido tiene el artículo 5.2 CPC y cómo queda la eficacia del artículo 200.2 CP que reconoce el amparo como mecanismo de protección de derechos constitucionales?

Pensemos por un momento en el proceso contencioso administrativo como posible vía alternativa al amparo. Tendrá que preverse en su interior algún procedimiento de defensa de derechos constitucionales distinto a otros procedimientos contenciosos administrativos que por propia definición están previstos para proteger derechos de rango infra constitucional (legal o administrativo). De no ocurrir esta previsión se incurriría en inconstitucionalidad al dar una misma protección a derechos constitucionales que a derechos legales o reglamentarios, en buena cuenta, se incurriría en inconstitucionalidad al equiparar los derechos constitucionales con los derechos infra constitucionales.

Es por eso que el Tribunal Constitucional ha derivado al contencioso administrativo algunas pretensiones que intentaron tramitarse vía amparo, no porque el contencioso administrativo resultase igualmente satisfactorio que el proceso constitucional, sino porque las pretensiones reclamadas vía amparo no formaban parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Y es verdad, el amparo sólo protege derechos constitucionales; tan verdad, como verdad es que el contencioso administrativo está esencialmente pensado para proteger derechos infra constitucionales (legales o administrativos).

De esta manera, por ejemplo, respecto del derecho fundamental a la pensión (artículo 11 CP), tiene dicho el Tribunal Constitucional que «[l]a vía idónea para dilucidar los asuntos pensionarios que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, es el proceso contencioso administrativo»[54]; así como que «en los casos en que s*e hubiera producido la vulneración de los derechos legales* del pensionista

54. EXP. N.° 1417-2005-AA/TC, de 8 de julio de 2005, f. j. 51. La cursiva de la letra es añadida.

durante la vigencia de las normas que regularon la nivelación, el pensionista deberá dilucidar el asunto controvertido en el proceso contencioso–administrativo»[55].

Ese hipotético procedimiento contencioso administrativo de protección de derechos constitucionales deberá configurarse, si bien no con exactamente los mismos plazos o etapas procesales, sí con unas características que lo hagan de modo efectivo igualmente eficaz que el amparo, es decir, con las características señaladas anteriormente. Y pensemos, entonces, en un procedimiento en la vía judicial contencioso administrativa *tan satisfactorio* como el amparo. ¿Qué diferencia habrá entre ese proceso judicial contencioso administrativo y el proceso constitucional de amparo? Más allá del nombre, ninguna jurídicamente relevante, porque en realidad se estaría hablando de otro proceso de amparo, en este caso de un «amparo administrativo». Este mismo razonamiento se puede hacer respecto de otras áreas, así de la laboral (amparo laboral), la civil (amparo civil), por citar algunas otras.

En buena cuenta, el artículo 5.2 CPC está obligando a crear en la vía judicial ordinaria procedimientos formalmente ordinarios y materialmente constitucionales. Esto no sería reprochable constitucionalmente, en la medida que el artículo 200.2 CP es general y no queda contradicho por el reconocimiento de amparos según la materia –si administrativa, civil o laboral– de la que verse el derecho constitucional. Lo reprochable es que –y esperemos que no llegue a ocurrir– se intente pasar como vías procedimentales igualmente satisfactorias, aquellas vías judiciales que ofrezcan un menor grado de eficacia en la protección de los derechos constitucionales. Igualmente reprochable es que no se reconozca como verdadero amparo (sino formalmente, sí materialmente), las vías procedimentales que ofrecen una misma satisfacción que el amparo en la protección de los derechos constitucionales.

Dentro de este contexto, el artículo 5.2 CPC pierde toda significación. En efecto, si además del amparo constitucional se crean legislativamente[56] vías judiciales igualmente satisfactorias (es decir, amparos administrativos, civiles o laborales), dará igual acudir a uno u a otro porque siempre será posible encontrar una misma satisfacción en la protección del derecho constitucional agredido. Y es que si de lo que realmente se trata es de evitar la

55. EXP. N.° 3599–2004–AA/TC, de 19 de septiembre de 2005, f. j. 15. La cursiva de la letra es añadida.

56. Hay que reconocer que aún a un año de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, no existe regulada en la vía judicial ordinaria ninguna vía específica igualmente satisfactoria que el amparo para que pueda configurarse la causal de improcedencia recogida en el artículo 5.2 CPC.

desnaturalización del proceso constitucional de amparo, como mecanismo de protección que sólo deberá activarse ahí donde haya una incontrovertible agresión (por violación efectiva o por amenaza cierta e inminente) de un derecho constitucional, el artículo 5.2 CPC es una muy mala medida por ineficaz. Esta medida legislativa no es la adecuada porque no apunta a la esencia del problema.

Si se quiere que –por ejemplo– el amparo no se desnaturalice, existe una triple exigencia –ya mencionada– que habrá que cumplir de modo estricto en los casos concretos: que esté debidamente acreditado que está en juego el contenido constitucional de un derecho fundamental; que no exista duda acerca de la titularidad del derecho fundamental; y que este indubitablemente acreditado el acto agresor del derecho constitucional (acción u omisión, violación efectiva o amenaza cierta e inminente). Si están presentes de modo indubitable estos tres requisitos, el quejoso no tiene porqué acudir al proceso judicial ordinario, ni tan siquiera debería preguntarse si en la vía judicial existe un proceso específico igualmente satisfactorio, sino que tendría que permitírsele acudir al amparo, por así disponerlo la norma constitucional. Si faltase alguno de estos requisitos, el quejoso no podrá acudir al amparo, pero no porque en la vía judicial exista un proceso igualmente eficaz, sino porque no se han verificado las exigencias mínimas propias de un proceso constitucional. Como bien se ha dicho, se debe intentar «circunscribir el amparo a su condición de proceso constitucional estrictamente referido a la protección de derechos constitucionales; y de proceso excepcional, distinto a los procesos judiciales ordinarios o especiales de otra índole»[57].

Si ocurre que aplicando bien la mencionada triple exigencia aún son demasiadas las causas de amparo que se tramitan en los tribunales, de modo que este proceso constitucional siga igualmente desnaturalizándose, entonces dos serán las posibles soluciones: que se fomente el respeto a los derechos constitucionales de modo que tanto el poder político como los particulares no los amenacen o violen; y/o se reforma la Constitución y se prevé una norma semejante al artículo 43 de la Constitución argentina o 53 de la Constitución española.

Y es que es fundamental saber bien qué es lo que se persigue. Si lo perseguido es que el amparo sea un mecanismo excepcional de modo que frente a amenazas o violaciones efectivas del contenido de cualquier derecho constitucional se deba acudir a otros procesos judiciales y no al amparo, se necesita de una reforma constitucional, porque lo que está previsto en la actual Constitución peruana es que de ser real y manifiesta la afectación del conte-

57. AA. VV., *Código Procesal Constitucional. Comentarios...*, ob. cit., p. 66.

nido de un derecho constitucional, esa afectación debe ser atendida a través de los respectivos procesos constitucionales.

Si, por el contrario, lo que se desea es que el amparo no se desnaturalice en su aplicación, y no sea empleado «para sustentar una pretensión que no tiene carácter estrictamente constitucional o que tampoco forma parte del contenido esencial del derecho protegido constitucionalmente, sino a aspectos de regulación legal o de naturaleza secundaria, que no deben tutelarse por medio del amparo»[58], entonces lo que simplemente se debe requerir es la triple exigencia a la que se hizo mención anteriormente.

Para conseguir esto segundo, la medida contenida en el artículo 5.2 CPC –se ha de insistir– no es eficaz. Por el contrario genera un gravísimo riesgo: que los magistrados que en primera o segunda instancia conocen de las demandas constitucionales, terminen rechazándolas so pretexto de que en la vía judicial ordinaria existen vías igualmente efectivas, sin que realmente sea así[59]. De esta manera, y como lo argumentaba en otra oportunidad, se pasaría de amparizarlo todo a desamparizarlo todo[60].

X. EPÍLOGO: EL EXP. 0206–2005–PA/TC

1. El proceso laboral como vía judicial específica igualmente eficaz

Con la brevedad que exige un trabajo como el emprendido en estas páginas, es necesario, finalmente, hacer referencia a algunas recientes aparentes respuestas que ha dado el Tribunal Constitucional a algunas de las cuestiones que plantea la vía judicial igualmente eficaz. Desde hace algunos meses el Tribunal Constitucional ha emprendido una labor loable y nada sencilla, de ir aplicando los cambios que la nueva legislación procesal constitucional trae consigo. Esta aplicación ha exigido que el Alto Tribunal de la Constitución vaya interpretando y dando contenido –unas veces menos afortunadas que otras[61]– a una serie de figuras, como la contenida en el artículo

58. Idem, p. 67.
59. Bien se ha dicho cuando se ha afirmado que el «[a]mparo residual puede resultar [siendo] un remedio peor que la enfermedad si no se toman las debidas precauciones». ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código Procesal Constitucional*: Estudio introductorio, en CASTAÑEDA OTSU, Susana y otros «Introducción a los procesos constitucionales», ob. cit., p. 75.
60. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Alternatividad y excepcionalidad...*, ob. cit., ps. 56–58.
61. También es reciente y sumamente preocupante el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional por el que ha definido las condiciones de procedencia del proceso de cumplimiento. Algunos argumentos de crítica al referido criterio

5.2 CPC. Sobre ella se ha manifestado expresamente el Supremo intérprete de la Constitución en la sentencia al Exp. 0206–2005–PA/TC. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional no ha definido de manera general lo que se ha de entender por vía judicial específica igualmente satisfactoria, pero la ha aplicado en el intento de establecer cuándo una pretensión debe ser tramitada a través del amparo y en cuales supuestos debe hacerse a través del proceso judicial laboral o el proceso contencioso administrativo por constituir estos procesos una vía judicial específica igualmente satisfactoria.

Luego de advertir el cambio que el Código Procesal Constitucional ha supuesto para el proceso de amparo, convirtiéndolo de un proceso alternativo a un proceso subsidiario, el Tribunal Constitucional manifiesta que «en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios»[62]. Sin embargo, no repara el Alto Tribunal de la Constitución peruana en que eso es así en el derecho comparado porque, como se estudió anteriormente, son sistemas en los que lo que se ha constitucionalizado es precisamente la excepcionalidad del amparo. Por ejemplo, en el sistema español, los primeros encargados de la defensa de los derechos fundamentales son los jueces a través de vías judiciales (preferentes y sumarias), y en segundo lugar el Tribunal Constitucional a través del proceso de amparo. Y esto es así porque constitucionalmente está establecida la excepcionalidad del amparo, al preverse –también desde la norma constitucional–, que la demanda de amparo se presenta directamente ante el Tribunal Constitucional como primera y única instancia, y no –como en el caso peruano– ante el juez o sala del Poder judicial.

En el sistema peruano, no sólo no se ha recogido en el texto constitucional la excepcionalidad del amparo, sino que este proceso constitucional empieza a tramitarse en los juzgados de primera instancia del Poder judicial y termina en el Tribunal Constitucional al actuar como instancia última de los procesos de amparo (artículo 200.2 CP). Por lo que en este sistema, a los jueces del Poder judicial les corresponderá el primer nivel de protección de los derechos fundamentales a través del amparo porque frente a la violación manifiesta de un derecho constitucional la Constitución permite y exige el inicio del proceso de amparo ante los juzgados y tribunales ordinarios. Esa cons-

jurisprudencial véase en CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El proceso de cumplimiento: un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional*, en «Revista Actualidad Jurídica» (Gaceta Jurídica), Tomo 146, en imprenta.

62. EXP. 0206–2005–PA/TC, de 28 de noviembre de 2005, f. j. 5.

tatación de que en jurisdicciones comparadas los jueces constituyen el primer nivel de protección de los derechos constitucionales a través de los procesos judiciales ordinarios no sirve para aplicarla al caso peruano.

No sólo no sirve, sino que además no se ajusta a la prescripción constitucional, considerar que «el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador»[63]. Una vez más se debe reafirmar la claridad con la que se manifiesta el artículo 27 CP al establecer que quien define la protección adecuada contra el despido arbitrario no es el trabajador sino el legislador[64]. Y lo que es absolutamente sorprendente es que el Tribunal Constitucional haya establecido que corresponde al demandante «la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate»[65]. Se presume que será el juez quien conoce el Derecho, y sabrá él, el juez, si en la basta vía judicial ordinaria existe algún proceso que pueda ser o no tan eficaz que el amparo para resolver la concreta pretensión que se le presente. Bien se puede advertir que esta exigencia procesal será mal empleada por los jueces para rechazar demandas de amparo, al margen de que lo controvertido sea o no una manifiesta violación del contenido constitucional de un derecho fundamental.

Advertidas estas primeras criticables manifestaciones del Tribunal Constitucional, se ha de poner de manifiesto que este Alto Tribunal no ha definido lo que se ha de entender por vía judicial igualmente eficaz cuando de las pretensiones laborales se trata. Tan es así que para los casos de *despido sin imputación de causa*, el Supremo intérprete de la Constitución remite a su abundante jurisprudencia «para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado»[66].

Una pista válida, aunque no del todo correcta en su enfoque, recién la formula el Tribunal Constitucional respecto de los llamados *despidos fraudulentos*. Este tipo de despido sólo podrá impugnarse a través del proceso de amparo «cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente

63. Idem, f. j. 7.
64. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo*, en «Asesoría Laboral», noviembre 2004, ps. 9-14.
65. EXP. 0206-2005-PA/TC, citado, f. j. 6.
66. Idem, f. j. 8.

que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos»[67]. Como se ha argumentado en este trabajo, la esencia (el contenido esencial) del amparo está dispuesta de tal manera que lo hace radicalmente ineficaz para resolver cuestiones en las que la violación del contenido constitucional de un derecho fundamental no es clara o manifiesta. Este tipo de cuestiones no se resuelven a través del amparo, no porque existan en la vía judicial procesos específicos igualmente satisfactorios, sino por la sencilla razón de que el proceso de amparo es esencialmente ineficaz para resolverlas.

Mientras que, y ahora sí con acierto, el Tribunal Constitucional ha manifestado que es cuestionable por amparo las situaciones de *despido nulo*. No podía ser de otro modo ya que, como bien afirma, nos encontramos ante «casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales»[68]. En estos casos no se configura la causal de improcedencia del amparo contenida en el artículo 5.2 CPC, consecuentemente, el trabajador tiene expedita esa vía constitucional para ser empleada si así lo decide. Por lo que, «cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente»[69].

En realidad el Tribunal Constitucional no manifiesta ningún criterio útil para la determinación de una vía judicial como igualmente eficaz que el amparo, ya se trate de un despido incausado, fraudulento o nulo. Muy por el contrario, su desacertado modo de entender el derecho constitucional al trabajo, le lleva a desafortunados resultados, como el admitir la procedencia del amparo cuando se trata de despidos incausados y fraudulentos (siempre que no se exija de una etapa de actuación de pruebas). Se ha de insistir en que los despidos incausados o fraudulentos no dan lugar al proceso de amparo, no porque en la vía laboral ordinaria exista una vía igualmente eficaz que el amparo, sino porque el amparo sólo protege el contenido constitucional de un derecho fundamental, y no forma parte del contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo la reposición en caso de despido arbitrario.

67. Ibidem.
68. Idem, f. j. 9.
69. Idem, f. j. 16.

2. El proceso contencioso administrativo como vía judicial igualmente eficaz

Hasta aquí se ha analizado lo manifestado por el Tribunal Constitucional respecto de las controversias que involucran trabajadores del sector privado. Aunque inicialmente pudiera parecer lo contrario, en realidad los resultados son prácticamente los mismos que los formulados para los trabajadores de la actividad privada. La regla general será que en los casos en los que el servidor público es despedido con vulneración de alguno de sus derechos fundamentales (supuestos del despido nulo), el amparo será la vía procesal adecuada. Ha dicho el Tribunal Constitucional que «el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental»[70].

La excepción a esta regla general será doble. En primer lugar, todos los casos (que involucren o no el contenido constitucional de derechos fundamentales) que requieran de una especial actividad probatoria, deberán ser tramitados a través del proceso contencioso administrativo. Se debe insistir, con el Tribunal Constitucional, en que «el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo»[71].

Igualmente, y en segundo lugar, se tramitará por este proceso judicial ordinario todas aquellas pretensiones que no estén referidas a la defensa de aspectos del contenido constitucional de ningún derecho fundamental, sino que pretendan defender simples derechos o prerrogativas reconocidas por ley. Bien dice el Tribunal Constitucional cuando afirma que serán tramitados por la vía contencioso administrativa los «conflictos jurídicos individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública y que *se derivan de derechos reconocidos por la ley*, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplina-

70. Idem, f. j. 24.
71. Idem, f. j. 19.

rios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N.º 27803, entre otros»[72]

Ninguna de estas dos excepciones, sin embargo, dice algo acerca de lo que se ha de entender por vía judicial igualmente satisfactoria, porque el hecho que a través del amparo no se tramiten asuntos litigiosos o asuntos no referidos al contenido constitucional de los derechos fundamentales, son exigencias que se desprenden de la propia naturaleza constitucional del proceso de amparo, y no de la mayor o menor eficacia que, respecto del amparo, suponga el proceso contencioso administrativo. Esta conclusión hace errónea la declaración del Tribunal Constitucional por la que «si en virtud de la legislación laboral pública (...) y del proceso contencioso administrativo es posible la reposición, entonces las consecuencias que se deriven de los despidos de los servidores públicos o del personal que sin tener tal condición labora para el sector público (...), deberán dilucidarse en la vía contenciosa administrativa *por ser la idónea, adecuada e igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo, para resolver las controversias laborales públicas*»[73]. Y es errónea porque, como se acaba de ver, los despidos de los trabajadores públicos terminarán por ser resueltos en el proceso contencioso administrativo, no por constituir este una vía igualmente eficaz que el amparo, sino por ser el amparo un proceso esencial y radicalmente ineficaz para resolver controversias litigiosas o para proteger derechos de contenido simplemente legal o reglamentario.

3. Validez de los criterios propuestos en este trabajo

En la sentencia al Exp. 0206–2005–PA/TC, el Tribunal Constitucional ha abordado directamente la causal de improcedencia contenida en el artículo 5.2 CPC, para establecer cuando un amparo es procedente en defensa de algún derecho vinculado a la materia laboral, y cuando se ha de acudir a la vía judicial ordinaria específica (laboral o contenciosos administrativa), por constituir una vía *igualmente efectiva* que el amparo. Más allá de lo discutible de varios -por desgracia, muchos más que antes- de los criterios del Tribunal Constitucional, lo cierto es que este Tribunal apenas si ha manifestado algo directamente aplicable a la determinación de lo que se ha de entender por vía igualmente eficaz. Ha pretendido establecer que la vía judicial laboral o la vía contencioso administrativa pueden ser igualmente eficaces que el amparo,

72. Idem, f. j. 23.
73. Idem, f. j. 22. La cursiva de la letra es añadida.

pero no sólo sin argumentarlo debidamente, sino además confundiendo lo que es igualmente efectivo con las exigencias dimanantes de la esencia (contenido esencial) del proceso constitucional de amparo.

Como se ha advertido del análisis realizado a la sentencia del Exp. 0206–2005–PA/TC y aunque el Tribunal Constitucional no lo manifiesta de modo expreso, en el fondo la regla que aplica es que el amparo sólo procede para dilucidar cuestiones en las que concurran las siguientes dos características. Primera, que sean cuestiones referidas al contenido constitucional del derecho fundamental; y segunda, que sean cuestiones no litigiosas. Las cuestiones en las que no concurran estas dos características deben ser tramitadas a través de la vía judicial ordinaria, pero no como mal entiende el Tribunal Constitucional porque exista un proceso judicial específico igualmente satisfactorio, sino porque en la vía judicial ordinaria se tramitan las pretensiones que requieren especialmente de una etapa de actuación de pruebas (esté o no relacionado con el contenido constitucional de un derecho fundamental); y se tramitan también las cuestiones que involucran a derechos simplemente legales.

Esta misma regla es la que ha sido argumentada a lo largo de este trabajo. Todos los argumentos y todas las propuestas presentadas a lo largo de estas páginas giran alrededor de ella, lo que permite sostener una vez más su validez constitucional. Por mandato constitucional, los derechos fundamentales, mejor dicho, su contenido constitucional, son protegidos a través del amparo (y demás procesos constitucionales). Es preferible plantear criterios hermenéuticos que permitan delimitar el referido contenido constitucional para saber cuando debe proceder una demanda de amparo y cuando no, que plantear criterios que pretenden definir procesos judiciales sustitutos del amparo. Es preferible, como se ha propuesto aquí, que el juzgador dirija su atención a determinar si son claros y manifiestos los hechos que constituyen el acto agresor, a determinar si se está realmente ante el contenido constitucional de un derecho fundamental, y si está debidamente acreditada la titularidad del derecho invocado; antes que dirija su esfuerzo a buscar procesos judiciales sustitutos del amparo. Y es preferible porque sólo así se logrará no sólo la plena vigencia de la norma constitucional peruana (que recoge la alternatividad de los procesos constitucionales y no su subsidiaridad), sino también la plena vigencia del valor jurídico de la persona humana: constituir el fin de toda realidad política, social y jurídica.

A Coruña, diciembre de 2005.



Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año I - N.º 2 - agosto - diciembre, Lima, 2005

Doctrina Constitucional Comparada

- Manuel Aragón Reyes
  «Relaciones Tribunal Constitucional - Tribunal Supremo»
- Pablo Pérez Tremps
  «El recurso de amparo en el ordenamiento español»
- Jheison Torres Ávila
  «El mínimo vital: líneas jurisprudenciales y teoría de los derechos sociales desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana»
- Joaquín Brage Camazano
  «Una visión panorámica del recurso constitucional de amparo en Eslovenia, Hungría, Polonia y Rusia»
- Silvia Bagni
  «Modelos» de justicia constitucional y defensa de los derechos. Un ensayo preliminar para una nueva clasificación

Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo*

MANUEL ARAGÓN REYES
Catedrático de Derecho Constitucional
Magistrado del Tribunal Constitucional

SUMARIO: 1. EL MODELO EUROPEO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU PROYECCIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL. 2. LAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO.

1. EL MODELO EUROPEO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU PROYECCIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL.

A diferencia del originario modelo kelseniano (sólo sustentado en la teoría, pues ni siguiera en la práctica austriaca fue así, desde luego no a partir de 1929) basado en la existencia de dos jurisdicciones separadas, una, la constitucional, que aplica en exclusiva la Constitución, y otra, la ordinaria, que aplica en exclusiva la ley, el modelo europeo de justicia constitucional, decantado a partir de la segunda posguerra mundial, no parte de esa separación, sino de la interconexión entre una y otra jurisdicción. Interconexión que, como es bien sabido, no es más que la consecuencia del concepto de Constitución (próximo al norteamericano) que acabará aceptándose en Europa en el siglo XX: una Constitución normativa que (distanciándose del concepto kelseniano, en el que la Constitución sólo imponía obligaciones al legislador) vincula a todos los poderes públicos (incluido, claro está, el poder judicial), que están obligados, por ello, a aplicarla. En la labor de aplicación de la Constitución confluirán, pues, la totalidad de los órganos jurisdiccionales.

De ahí que en el modelo europeo haya que distinguir la justicia constitucional de la jurisdicción constitucional. Entendida la justicia constitucional como aplicación judicial de la Constitución, esa justicia, por lo que se ha dicho, es ejercida por ambas jurisdicciones, es decir, tanto por la constitucional como por la ordinaria: ambas aplican (y por ello interpretan) la Constitución, ambas deben interpretar constitucionalmente la ley y ambas pueden enjuiciar la

* Ponencia presentada en el curso sobre «Reformas Procesales Urgentes», celebrado en la Escuela de Verano del Ministerio Fiscal, en el Pazo de Mariñan, los días 20 a 23 de septiembre de 2005.

Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año I - N.º 2 - agosto - diciembre, Lima, 2005

conformidad a la Norma Fundamental de los actos sometidos a su control jurisdiccional. Desde el punto de vista procesal es cierto que una y otra conocen, con exclusividad, de los procesos que les están atribuidos, pero, desde el punto de vista material (ejercicio de la justicia constitucional) confluyen en su actividad, con dos salvedades: la jurisdicción constitucional es la suprema en esa materia y la única, además, que puede invalidar las leyes (monopolio de rechazo).

Ese monopolio de rechazo de la ley es hoy la única diferencia sustancial entre el modelo europeo y el modelo norteamericano de justicia constitucional, modelos muy aproximados en todo lo demás, pues en el europeo, como en el de los Estados Unidos, no hay una jurisdicción que ejerce en exclusiva el juicio de legalidad y otra que ejerza en exclusiva el juicio de constitucionalidad: la jurisdicción ordinaria también aplica la Constitución; la jurisdicción constitucional también aplica la ley, no sólo en el supuesto de las llamadas «leyes interpuestas», que integran el canon o parámetro de la constitucionalidad, sino en el de las demás leyes, pues en todos los procesos constitucionales en los que medie la ley (por ser objeto de control o por ser aplicable al caso) la jurisdicción constitucional está obligada a realizar, sobre ella, una interpretación constitucionalmente adecuada.

Ese es, pues, a grandes rasgos, el modelo europeo de justicia constitucional, muy alejado, por lo que se ha visto, de la originaria construcción kelseniana de las dos jurisdicciones separadas. En resumen, la interpretación de la Constitución, y, su inevitable correlato, la interpretación constitucional de la ley, la realizan todos los órganos jurisdiccionales. Por ello, el Tribunal Constitucional (órgano que en el modelo europeo, ejerce la jurisdicción constitucional) no es, en cumplimiento de aquella tarea, el único intérprete, aunque sí el supremo.

El sistema español de justicia constitucional pertenece a ese modelo, y en él se dan, en consecuencia, las características antes señaladas, acentuadas, además, por el hecho, muy relevante, de que nuestro Tribunal Constitucional (como el alemán y, en cierta medida, el austriaco) también tiene atribuido el recurso de amparo. El carácter subsidiario de amparo, exigido por el sistema, pues la Constitución encomienda primariamente a la jurisdicción ordinaria (arts. 24.1, 53.1 y 53.2 CE) la tutela de los derechos fundamentales, origina, necesariamente, que en esa función de amparo el Tribunal Constitucional no sólo disfrute de la supremacía interpretativa que le es propia, sino, además, de una auténtica supremacía orgánica, en cuanto que puede anular decisiones de los jueces y tribunales ordinarios.

Es claro, pues, que en España la jurisdicción ordinaria participa en el

ejercicio de la justicia constitucional. De un lado, en cuanto al control de constitucionalidad de la ley (y de las normas con fuerza de ley, incluyendo aquí también a los tratados), los jueces y tribunales pueden constatar la derogación por la Constitución de leyes anteriores (según ha reconocido, desde el principio, la jurisprudencia constitucional), y asimismo controlar, no la inconstitucionalidad de la ley, pero sí su constitucionalidad, atribuyéndole a aquélla una interpretación constitucionalmente adecuada (art. 5.3 LOPJ); lo único que les está vedado es anular o inaplicar la ley por razón de su inconstitucionalidad, puesto que ello le está reservado en exclusiva al Tribunal Constitucional. En nuestro sistema, los jueces y tribunales están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), por lo que no pueden inaplicar (y menos aún anular) la ley contraria a la Constitución, pero también están sometidos a la Constitución (art. 9.1 CE), por lo que no deben aplicar una ley que la vulnere, de donde se deriva que, en tales casos, precisamente por esa doble vinculación, deban proceder a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 CE); de suerte que si un órgano judicial inaplica la ley, por considerarla inconstitucional, sin plantear la cuestión, no sólo estará incumpliendo el deber que le impone el art. 117.1 CE e invadiendo la competencia del Tribunal Constitucional establecida por los arts. 161.1. a) y 163 CE, sino también vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE (SSTC 173/2002 y 58/2004).

De otro lado, en cuanto a los conflictos entre órganos constitucionales, atribuidos, procesalmente, sólo al Tribunal Constitucional, no cabe descartar que la jurisdicción ordinaria, en vía contencioso-administrativa, pueda, materialmente, entender de algún supuesto de conflicto que enfrente al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial. Y en cuanto a los conflictos territoriales de competencia, sin perjuicio de la exclusividad procesal del Tribunal Constitucional, es claro que puede haber confluencia material de ambas jurisdicciones, puesto que, por la vía contencioso-administrativa, la jurisdicción ordinaria tiene capacidad para anular actos y reglamentos que incurran en vicio de incompetencia derivado de la distribución territorial del poder (como de hecho ha ocurrido). Otro tanto puede suceder con las impugnaciones que, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 161.2 CE, ha previsto el Título V de la LOTC, pues aquí el acceso al Tribunal, que es el único remedio cuando se impugnen (y puede sostenerse que por esta vía cabe) actos parlamentarios de las cámaras autonómicas, no es, en cambio, la única vía para recurrir los actos materialmente administrativos de esas cámaras o los reglamentos y resoluciones de los ejecutivos autonómicos, ya que puede acudirse al proceso conten-

cioso-administrativo, siendo, en esos casos, el acceso al Tribunal Constitucional sólo una vía alternativa y privilegiada.

Y por último, en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales frente sus vulneraciones producidas por actos de cualquiera de los poderes públicos (o de los particulares) o por normas con rango inferior a la ley, la confluencia entre ambas jurisdicciones es total, teniendo, además, la jurisdicción ordinaria un ámbito material más amplio incluso que el propio Tribunal Constitucional, en cuanto que éste ve reducido su control a la tutela de los derechos aludidos en el art. 53.2 CE, mientras que los jueces y tribunales amplían su ámbito de protección a todos los derechos fundamentales.

El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no es, pues, el único, sino sólo el último, remedio de las vulneraciones producidas respectos de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE. Aquí el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria realizan la misma función, es decir, la actividad jurisdiccional es idéntica y, por ello, cuando en una Sentencia de amparo se anula una Sentencia judicial es porque ésta última no hizo, debiendo hacerlo, lo mismo que hace en su Sentencia el Tribunal Constitucional: proteger el derecho.

No hay, pues, como se ha venido diciendo, dos jurisdicciones separadas, una que juzga de la «constitucionalidad» y otra de la «legalidad», sino dos jurisdicciones estrechamente relacionadas. Por lo demás, ya el propio Tribunal Constitucional, desde fecha muy temprana, lo había constatado (como no podía ser de otra manera): «La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al «plano de la constitucionalidad» y la jurisdicción ordinaria al de la «simple legalidad», pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incomunicables.

Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le esté encomendada» (STC 50/1984, FJ3), e incluso, debe añadirse, cuando tal análisis sea necesario para determinar si se ha vulnerado cualquier otra prescripción constitucional.

2. LAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO.

a) La supremacía jurisdiccional del Tribunal Constitucional en el ejercicio de la justicia constitucional. El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución.

De entrada debe señalarse que la supremacía del Tribunal Constitucional sobre el Tribunal Supremo resulta clara en materia de tutela de los derechos fundamentales, y que ahí no se plantea ningún problema dogmático (otra cosa es la práctica, si se aleja de las previsiones que el Derecho tiene establecidas), puesto que, según la Constitución y la LOTC, como acaba de recordarse más atrás, mediante el recurso de amparo pueden remediarse las vulneraciones de los derechos determinados en el art. 53.2 CE producidas por cualquiera de los poderes públicos (incluido el poder judicial). De ese modo, tanto por la vía del art. 43 como del art. 44, ambos de la LOTC, el Tribunal Constitucional tiene potestad para anular sentencias de los jueces y tribunales, y por lo mismo del Tribunal Supremo, con retroacción, o sin retroacción de actuaciones cuando así lo exija el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho (art. 55.1 y 3 LOTC).

Aquí la capacidad revisora del Tribunal Constitucional respecto de la jurisdicción ordinaria (incluido, claro está, el Tribunal Supremo) es indudable, con la única salvedad de que deberá abstenerse de conocer los hechos (pero, no, claro está, la aplicación del Derecho a los mismos) que dieron lugar al proceso judicial [art. 44.1. b) LOTC] y de efectuar cualquier consideración sobre la actuación de los órganos judiciales que no sea la de concretar si se ha violado el derecho y la de preservarlo o restablecerlo, lo que quiere decir que debe atenerse al examen de «constitucionalidad» (que es lo que le corresponde) de la hipotética infracción. El recurso de amparo es, pues, el último recurso, y por ello el Tribunal Constitucional la última instancia, en la materia. Cuestión distinta es que el recurso de amparo, tal como está regulado, se haya convertido en la práctica en un recurso ordinario (con la correspondiente sobrecarga de trabajo para el Tribunal Constitucional), en lugar de, como debiera ser, un recurso realmente extraordinario (y quizás incluso excepcional). Es de esperar que una reforma de la LOTC contribuya decisivamente a esa necesaria transformación. De todos modos, aunque mejor regulado, el recurso de amparo (salvo en el caso previsto por el art. 42 LOTC) seguirá siendo, sustancialmente, lo que no puede dejar de ser mientras exista (y sólo una imprudente reforma de la Constitución puede hacerlo desaparecer): un control de la aplicación de los derechos fundamentales por los órganos judiciales.

Dicho lo anterior, es decir, constatado que en lo que se refiere concretamente al amparo de determinados Derechos fundamentales la supremacía del Tribunal Constitucional sobre el Tribunal Supremo es patente (incluso podría decirse que «natural» por ampliar un término no estrictamente jurídico pero sí muy explicativo), la cuestión de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo debe plantearse de manera más general, esto es, en el marco de la tarea de aplicación-interpretación de la Constitución y de aplicación-interpretación de la ley. Para ello, lo expuesto en el epígrafe primero de este escrito sobre el modelo de justicia constitucional supone el presupuesto, necesario, para enfocar correctamente el tema de aquellas relaciones.

En principio, parecería que esas relaciones sólo pueden darse en la materia en que ambos órganos jurisdiccionales participan, esto es, en la justicia constitucional, pero no en lo que podría denominarse justicia no constitucional, ya que esa actividad es ajena al Tribunal Constitucional, y respecto de ella no puede haber, pues, relación alguna entre ambos órganos. Siguiendo con ese esquema cabría decir que en el ejercicio de la justicia «legal» (aplicación de la ley sin aplicación de la Constitución) el tribunal superior, en todos los órdenes, es, sin duda, el Tribunal Supremo, como dispone el art. 123.1 CE, y en esa materia no actúa el Tribunal Constitucional. Aquí ambos órganos no estarían «relacionados», sino separados. En cambio, en el ejercicio de la justicia «constitucional» (materia en que sí actúa la jurisdicción ordinaria y, por lo mismo, el Tribunal Supremo), el tribunal superior, en todos los órdenes, es el Tribunal Constitucional, como exige el modelo de justicia constitucional al que España pertenece y como dispone, en negativo, el mismo art. 123.1 CE, de cuya letra se desprende, sin duda alguna, que el Tribunal Constitucional es el tribunal superior en materia de «garantías constitucionales», es decir, y no puede ser interpretado de otro modo, en materia de garantía (aplicación-interpretación) de la Constitución (precisamente el Tribunal Constitucional de la 2ª República se llamaba Tribunal de «Garantías Constitucionales», y de allí, de aquella denominación que le atribuía la Constitución de 1931, se ha tomado el término utilizado por el art. 123.1 CE).

Ahora bien, este primer planteamiento resulta muy poco operativo, pues sin descartar los supuestos en que pueda realizarse por el Tribunal Supremo (o en general por la jurisdicción ordinaria) justicia meramente legal, en la mayoría de las ocasiones la aplicación judicial de las leyes y los reglamentos será, al mismo tiempo, aplicación de la Constitución, es decir, justicia constitucional, porque la Constitución (la nuestra especialmente, por su carácter principialista y su vocación omnicomprensiva) impregna la totalidad del or-

denamiento jurídico. Por ella, como se ha dicho gráficamente, «pasan todos los hilos de Derecho». No se dará, en tales casos, una aplicación directa de la Constitución, pero sí una aplicación indirecta o interpretativa. Esta obligación de los órganos judiciales de interpretar las leyes (y los reglamentos) de conformidad con la Constitución (lo que los alemanes llaman «die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen» y los norteamericanos la interpretación «in harmony with the Constitution») es algo universalmente aceptado e impuesto, además, en nuestro Derecho por el art. 5.1 LOPJ. Y en esa interpretación «conforme», los jueces y tribunales han de atenerse a la doctrina del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución (art. 1.1 LOTC), tal como reconoce el propio art. 5.1 LOPJ ya citado, cuyo tenor literal es suficientemente expresivo: «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

En la actividad, pues, de aplicación (directa, o indirecta-interpetativa) de la Constitución, realizada por los jueces y tribunales ordinarios, y, a su cabeza, por el Tribunal Supremo, actividad, pues, de justicia constitucional, está claro, por lo tanto, que el tribunal superior, en todos los órdenes, es el Tribunal Constitucional.

En resumen, el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, y esa interpretación vincula a todos los órganos judiciales, tanto cuando aplican directamente la Constitución (anulando actos o reglamentos) como cuando la aplican indirectamente interpretando la norma de conformidad con ella. En esa materia, pues, la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no puede ser otra que la supremacía del primero sobre el segundo.

b) ¿Quién es el supremo intérprete de la ley?.

conectada con la anterior, pero perfectamente distinguible, hay otra cuestión, que ha suscitado, por cierto, algunas protestas del Tribunal Supremo frente al Tribunal Constitucional. Ya no se trata de la posición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de los preceptos constitucionales, asunto claro y pacífico, como no podría ser de otra forma por lo que acaba de decirse más atrás, sino de la posición del Tribunal Supremo como supremo intérprete de la ley. Para adentrarse en esta cuestión quizás lo primero que habría que decir es que, pese a que algunos lo afirman así, tal posición del Tribunal Supremo no se deriva expresamente de lo previsto en el art. 123.1 CE, que sólo dispone que el Tribunal Supremo es superior en todos los ór-

denes salvo en materia de garantías constitucionales, sino de un entendimiento de lo que era el Tribunal Supremo en España antes de que existieran la Constitución y el Tribunal Constitucional (esto es, cuando no había «constitucionalidad», sino sólo «legalidad»).

Para tratar debidamente esa cuestión es preciso, por ello, efectuar primero algunas consideraciones teórico-dogmáticas. Ante todo debe diferenciarse la interpretación de la Constitución de la interpretación constitucional (pues ésta, incluyendo a aquélla, la sobrepasa). La primera tiene por objeto los propios preceptos de la Constitución; la segunda tiene también por objeto, además de los preceptos constitucionales, al resto del ordenamiento, que ha de interpretarse de conformidad con la Constitución misma. De manera que, como es bien sabido, la interpretación constitucional consiste, por un lado, en la interpretación de la Constitución, y, por otro, en la interpretación constitucional de la ley (y de las demás normas jurídicas infraconstitucionales). Ambas dimensiones están estrechamente enlazadas y, por ello, son difícilmente disociables. No sólo porque para interpretar constitucionalmente la ley primero hay que interpretar la Constitución, sino, sobre todo, porque las dos dimensiones las practican, necesariamente, en nuestro modelo, tanto la jurisdicción constitucional como la jurisdicción ordinaria.

El Tribunal Constitucional, cuando ha de enjuiciar una ley, primero, obviamente, ha de interpretarla y, a veces, no la expulsa del ordenamiento precisamente por entender que la interpretación «constitucionalmente adecuada» que le otorga evita su inconstitucionalidad. Pero ello no ocurre solamente en los procesos de control de la ley, sino también en todos los procesos constitucionales (incluido el recurso de amparo) en los que la ley regule los actos o disposiciones sometidos a control, de tal manera que al mediar en ellos la ley el Tribunal tiene también que enjuiciarla, pues si es inconstitucional ha de plantearse la autocuestión, si se trata de un amparo, o transformar el proceso en recurso de inconstitucionalidad, si se trata de un conflicto. En esos casos el Tribunal puede salvar la invalidez de la ley atribuyéndole (si cabe) una interpretación constitucionalmente adecuada. Por esta sencilla e incontestable razón sería un error, injustificable, sostener que, en el ordenamiento español, la interpretación de la ley (o la última interpretación de la ley) le corresponde en exclusiva al Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional tiene facultad (e incluso obligación) de realizar, pues, interpretación constitucional de la ley en todos los procesos que le están atribuidos. ¿Lo convierte ello en el supremo intérprete de la constitucionalidad de la ley? La respuesta debe ser afirmativa, sin duda alguna, por todo lo dicho con anterioridad. Ahora bien, ¿su supremacía interpretativa convierte a sus decisiones sobre la interpretación constitucional de la

ley en decisiones absolutamente vinculantes para la jurisdicción ordinaria? Esta segunda pregunta ya no es de tan fácil respuesta. Aquí la postura más acertada es la de que no en todos los casos, pues la jurisdicción ordinaria siempre podría sustentar otras interpretaciones de la ley igualmente constitucionales, pero con dos límites: los supuestos de sentencias interpretativas que podrían llamarse unidireccionales (aquellas en las que el Tribunal Constitucional establece una interpretación de la ley como la única constitucionalmente posible, que son supuestos extraordinarios y difíciles, aunque no imposibles) y los de sentencias interpretativas de rechazo, en las cuales el Tribunal Constitucional estima que una determinada interpretación sí es inconstitucional (lo que significa, dogmáticamente, que la invalida) y, entonces, esa interpretación (rechazada) no podrá ser utilizada por la jurisdicción ordinaria, que, si la venía practicando, ha de abandonarla, necesariamente. Es decir, en tales casos la interpretación de la ley hecha por el Tribunal Constitucional rectifica a la que haya venido realizando la jurisdicción ordinaria.

En tales condiciones, y con esos límites, no cabe negar que aunque el Tribunal Supremo sea el tribunal superior de la interpretación «legal» de la ley, el Tribunal Constitucional es el tribunal superior de la interpretación «constitucional» de la ley.

Estas consideraciones teórico-dogmáticas resultan confirmadas por las disposiciones de nuestro propio ordenamiento. En primer lugar, por el art. 164 CE, que otorga efectos «erga omnes» a todas las sentencias el Tribunal Constitucional (estimatorias o desestimatorias) dictadas en todos los procesos de los que entiende, con excepción de aquellos que «se limiten a la estimación subjetiva de un derecho», lo que no ha de entenderse referido a todas las sentencias de amparo, sino sólo a las que no anulan reglamentos (que éstas sí tienen efectos «erga omnes») y a las que no realizan, a su vez, enjuiciamiento de una ley (o de otra norma), pues entonces (y sentencias interpretativas de ley en amparo, por supuesto que las hay) despliegan también efectos generales. Además, del propio art. 164 CE se deriva, como no podría ser de otra manera, que los efectos de las sentencias constitucionales no se circunscriben al fallo, sino también a su fundamentación jurídica (donde habitualmente se realiza la labor interpretativa). En segundo lugar, por el art. 40.2 LOTC, que dispone que la doctrina del Tribunal Constitucional corrige a la jurisprudencia ordinaria, aunque aquí ha de señalarse un defecto de ese precepto, en cuanto que se refiere sólo a la doctrina recaída en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, cuando, en aplicación del art. 164 CE, debiera referirse a la recaída en todos los procesos constitucionales (incluidos los recursos de amparo cuando la sentencia contenga

interpretación constitucional de las normas). Es de esperar que en la próxima reforma de la LOTC se subsane ese error (un defecto que incluso podría entenderse inconstitucional).

No ha lugar, pues, a que el Tribunal Supremo pueda sentirse invadido en sus competencias porque el Tribunal Constitucional, aplicando (como es su deber y su función) la Constitución, rectifique, por exigencia de la Constitución misma, una determinada interpretación de la ley que hubiese venido realizando el Tribunal Supremo. Ahora bien, ello sólo debe hacerse, como es también obligado, cuando la interpretación que se rechaza vulnere indudablemente la Constitución y cuando la interpretación que se impone sea la única constitucionalmente posible. Para el Tribunal Constitucional (para cualquier Tribunal Constitucional) debe regir una doble máxima: en su actividad de control de la emanación constitucional de las leyes, en caso de duda, a favor del legislador; y en su actividad de control de la aplicación constitucional de las leyes, en caso de duda, a favor del poder judicial y, por supuesto, de su órgano superior (creador de la jurisprudencia legal), el Tribunal Supremo.

El Recurso de Amparo en el Ordenamiento Español

Pablo Pérez Tremps*
Magistrado del Tribunal Constitucional español. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

SUMARIO: 1.- Introducción 2.- Características 3.- Derechos protegidos 4.- Actos recurribles 5.- Tipos 6.- Legitimación y partes 7.- Procedimiento 8.- Sentencia 9.- Una breve valoración del la funcionalidad del recurso de amparo y las perspectivas de reforma

1.- INTRODUCCIÓN

El art. 161.1.b) de la Constitución Española (CE) atribuye al conocimiento del Tribunal Constitucional (TC) el recurso de amparo[1], que se erige en una de las competencias fundamentales de la jurisdicción constitucional tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Su regulación específica se encuentra en el Título III de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional (LOTC), denominado «Del recurso de amparo constitucional», regulación que se completa por algunos preceptos enmarcados en otras Leyes y por algunos Acuerdos del Pleno del Tribunal Constitucional dictados en ejercicio de la competencia que le reconoce el art. 2.2 LOTC[2].

La introducción del recurso de amparo entre la competencias del Tribunal Constitucional fue una decisión del constituyente adoptada casi por unanimidad y que contaba con el precedente histórico del recurso de amparo que la Constitución de 1931 atribuyó al Tribunal de Garantías Constitucionales de la IIª República Española[3]. No obstante, el modelo seguido por el constituyente de 1978 y, sobre todo, por el legislador de 1979 se separa bastante desde el punto de vista

1. En el presente trabajo se ofrece una visión básica del recurso de amparo en España, destacando, pues, sólo sus aspectos más relevantes; una visión más amplia puede verse en la bibliografía general existente sobre el recurso de amparo, en la que pueden destacarse, por ejemplo, las siguientes monografías: G. Fernández Farreres, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Marcial Pons, Madrid 1994, o P. Pérez Tremps, *El recurso de amparo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004.
2. Un trabajo sobre esta competencia del Tribunal Constitucional puede verse en P. Rodríguez-Patrón, *La autonomía procesal del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 2003.
3. Sobre el recurso de amparo en la Constitución española de 1931 puede verse J.L. García Ruiz, *El recurso de amparo en el Derecho español*, Editora Nacional, Madrid 1980 y bibliografía allí citada.

Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año I - N.º 2 - agosto - diciembre, Lima, 2005

técnico de dicho modelo para seguir más de cerca el del recurso constitucional introducido en el ordenamiento alemán tras la IIª Guerra Mundial.

El recurso de amparo viene regulado en la CE como la pieza final interna del sistema de garantía de los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos. En efecto, el art. 53.2 CE, al referirse a los instrumentos de protección de dichos derechos y libertades, establece que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela del TC a través del recurso de amparo. Desde esta perspectiva, garantista y subjetiva, el recurso de amparo se erige, pues, en la garantía jurisdiccional interna última de los derechos fundamentales. Pero, junto a ello, hay que tener presente que el recurso de amparo, en cuanto competencia del TC, forma parte del conjunto de instrumentos con que este órgano cuenta para desarrollar su tarea de «intérprete supremo» de la Norma Fundamental (art. 1.1 LOTC)[4]. Esto hace que el recurso de amparo posea también una dimensión objetiva, que va más allá de la garantía concreta e individual de los derechos, proyectándose en el terreno de la interpretación constitucional de uno de los elementos esenciales del sistema democrático (STC 245/1991). Ambos elementos, el subjetivo o garantista, y el objetivo o hermenéutico, aunque estrechamente unidos entre sí, deben presidir toda la regulación y la comprensión del recurso de amparo en cuanto instrumento procesal[5].

2. CARACTERÍSTICAS

La primera nota que define el recurso de amparo constitucional es la de tratarse, más que de un recurso propiamente dicho, de una acción constitucional. En efecto, el recurso de amparo no representa en términos estrictos la reproducción de una acción ante un órgano superior dentro de un determinado orden jurisdiccional característica básica de los recursos ordinarios, sino que se sustancia ante un órgano ajeno al Poder Judicial como es el TC y con un objeto concreto y determinado: garantizar un derecho fundamental. Ello hace del recurso de amparo una acción autónoma, aunque a menudo su objeto coincida total o parcialmente con lo que previamente fue objeto de discusión ante jueces o tribunales ordinarios.

4. Una visión general del sistema de justicia constitucional en España puede verse en F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. Y OTROS, Jurisdicción y procesos constitucionales, McGraw Hill, Madrid 1997; un estudio más prolijo desde el punto de vista de la propia jurisprudencia del TC puede verse en la obra colectiva coordinada por J. L. REQUEJO PAGÉS, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, Madrid 2001.

5. Sobre esta doble dimensión subjetiva y objetiva del recurso de amparo puede verse P. PÉREZ TREMPS, *El recurso de amparo*, cit., págs. 29 y ss. y bibliografía allí citada.

La segunda característica que hay que destacar del recurso de amparo es su carácter extraordinario. Por una parte, como se deduce de lo dispuesto por el art. 53.2 CE y expresamente dispone el art. 41.3 LOTC, no cualquier cuestión puede suscitarse ante el TC mediante el recurso de amparo, sino sólo y exclusivamente la protección de derechos y libertades fundamentales, y ni siquiera de todos ellos sino solamente de los reconocidos en el art. 14, Sección 1ª del Capítulo II del Título I y objeción de conciencia del art. 30.2 CE. En consecuencia, tanto el fundamento de la acción vulneración de derechos fundamentales, como su finalidad garantizar esos derechos hacen del recurso de amparo una acción extraordinaria.

La tercera nota básica del recurso de amparo es su carácter subsidiario. La garantía que el TC otorga de los derechos y libertades fundamentales es, como ya se ha señalado, una garantía última en el orden jurídico interno. Para poder acceder a ella primero debe acudirse ante los jueces y tribunales ordinarios, que, en cuanto poderes públicos vinculados por la CE (art. 9.1 CE y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ-) y, en concreto, por los derechos y libertades (art. 53.1 CE y 7.1 LOPJ), son los «garantes naturales» de esos derechos y libertades, según expresión del propio TC. En consecuencia, sólo cuando se ha buscado la tutela de derechos fundamentales ante los jueces y tribunales, invocando efectivamente esos derechos, y esa búsqueda ha resultado insatisfactoria, puede acudirse ante el TC en amparo. Así se desprende, en especial de los arts. 43 y 44 LOTC, y de la continua y reiterada jurisprudencia constitucional. Cuáles sean las acciones y recursos que deban agotarse es un problema que sólo cabe resolver en cada caso concreto a la vista del origen de la vulneración y de otras circunstancias. Obvio es decir que el agotamiento sólo es exigible cuando efectivamente existan remedios ante los jueces y tribunales. Por otro lado, la prolongación artificial de la vía judicial previa mediante la interposición de recursos manifiestamente improcedentes puede acarrear la extemporaneidad de la demanda de amparo.

Respecto a la invocación del derecho vulnerado, ésta debe realizarse tan pronto como hubo ocasión para ello. Desde el punto de vista de la subsidiariedad, no basta con que haya existido un proceso previo a la interposición del recurso de amparo del que hayan conocido los jueces o tribunales ordinarios; a éstos se les ha tenido que dar la oportunidad efectiva de reparar la lesión de derechos denunciada, puesto que son los «garantes naturales» de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha interpretado esta exigencia de invocación previa otorgándole una dimensión material y no simplemente formal; lo importante, pues, no es la invocación o cita formal del precepto constitucional lesionado, sino que la cuestión que se pretende debatir ante el Tribunal Constitucional haya sido ya objeto de discusión ante los órganos judiciales, siempre que haya habido ocasión para ello.

La cuarta y última característica del recurso de amparo que cabe destacar es la de su flexibilidad procesal. En tanto en cuanto el recurso de amparo es una garantía de derechos fundamentales, la interpretación de sus requisitos formales debe estar presidida por una cierta flexibilidad que, sin causar lesiones a derechos de terceros ni vulnerar el principio constitucional de seguridad jurídica, permita cumplir eficazmente esa función de tutela; por lo demás, ésta es la línea seguida por el TC en su práctica y jurisprudencia.

3. DERECHOS PROTEGIDOS

Como ya se ha señalado, el art. 53.2 CE limita el ámbito de protección que dispensa el recurso de amparo a determinados derechos y libertades fundamentales: los garantizados en los arts. 14 a 30 CE. Se trata, en su mayoría, de los derechos conocidos tradicionalmente como «libertades públicas», que garantizan un ámbito de libertad al individuo frente a posibles intervenciones de terceros, en especial, de los poderes públicos. Hay que resaltar que algunos de los contenidos de los citados preceptos constitucionales no reconocen auténticos derechos o libertades fundamentales, sino otras instituciones jurídicas que, por razones normalmente de conexión material, se regulan junto con los derechos. Ahora bien, en la medida en que no son propiamente derechos fundamentales quedan excluidos del recurso de amparo.

Por otra parte, también hay que destacar que el recurso de amparo garantiza los derechos reconocidos en la CE, no los que puedan garantizar los Convenios y Tratados Internacionales. Éstos sirven de parámetro interpretativo, según lo dispuesto por el art. 10.2 CE, que establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Pero ese valor interpretativo no implica que posean sin más rango constitucional y, en la medida en que no poseen ese rango no pueden ser protegidos en amparo, debiendo garantizarse a través de los mecanismos ordinarios de protección de derechos que ofrecen los jueces y tribunales ordinarios. Sin embargo, hay que tener en cuenta que existe una amplia identidad entre los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y los consagrados en los tratados internacionales, por lo que, desde el punto de vista del recurso de amparo, la protección dispensada por éste se proyecta al tratado en tanto y en cuanto exista esa identidad de contenidos. Por otra parte, el mandato de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos que recoge el art. 10.2 CE es continuamente seguido por el TC, que acude muy a menudo a los tra-

tados internacionales y a la jurisprudencia dictada al hilo de ellos, singularmente a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[6], para concretar el contenido y alcance de los derechos constitucionalmente consagrados.

4. ACTOS RECURRIBLES

Desde la perspectiva de qué lesiones son denunciables a través del recurso de amparo, el art. 41.2 LOTC establece que «el recurso de amparo constitucional protege ... frente a las violaciones de los derechos y libertades ... originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes». En definitiva, se trata de una garantía frente a cualquier actuación de poderes públicos que pueda lesionar los derechos y libertades garantizados, entendiendo la expresión «poderes públicos» de forma muy amplia.

A pesar de la amplitud con la que se entiende dicha fórmula, han surgido dudas en ocasiones sobre el carácter público o no del causante de la lesión, en especial ante actos u omisiones imputables a entes en los que concurren elementos públicos y privados en su naturaleza o actividad. El TC ha señalado que en estos casos dudosos hay que atender a las circunstancias concretas y en especial al ejercicio de «imperio» (STC 35/1983). Por otra parte, no puede el TC controlar actos de entes públicos no españoles, aunque surtan efectos en el territorio nacional, y más en concreto, de autoridades extranjeras o de organizaciones inter o supranacionales (STC 64/1991). Cuestión distinta, y técnicamente muy compleja, es el alcance del control que puede ejercitarse sobre actos internos cuya finalidad es dar eficacia en España a actos de un poder público extranjero, como es el caso de las decisiones de extradición o los *exequatur* que dan eficacia de sentencias extranjeras[7].

Por lo que respecta a cuáles son los actos impugnables, también se deduce del art. 41.1 LOTC y de la jurisprudencia del TC una visión muy amplia: cualquier acto u omisión que produzca una lesión real y efectiva, proceda de órganos administrativos, judiciales o parlamentarios. Los mayores problemas surgidos en este terreno se han centrado en el control de normas de carácter general,

6. Sobre el alcance del art. 10.2 CE es especialmente ilustrativo el trabajo de A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos: el art. 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999.

7. Sobre esta cuestión puede verse P. Pérez Tremps, El recurso de amparo, cit., págs. 123 y ss.

sean reglamentarias o con fuerza de ley. En ambas se ha rechazado la posibilidad de utilizar el recurso de amparo como instrumento de control abstracto, abriéndose, en cambio, vías para su control en cuanto puedan generar directamente una lesión efectiva de derechos o libertades, aunque en el caso de las normas con fuerza de ley dicho control debe realizarse de manera indirecta a través de los actos de aplicación y del mecanismo del art. 55.2 LOTC. En efecto, el control de las normas con fuerza de ley sólo puede llevarse a cabo a través de los instrumentos procesales existentes al efecto, que son el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. Por ello, el art. 55.2 LOTC establece que, en aquellos recursos de amparo en los que la el TC entienda que la lesión de un derecho fundamental deriva no tanto del acto impugnado como de una norma con fuerza de ley que le da cobertura, el TC debe plantear lo que se ha denominado una autocuestión de inconstitucionalidad para declarar él mismo, pero en proceso distinto, y con efectos *erga omnes*, la inconstitucionalidad de dicha norma con fuerza de ley[8].

Como se ha señalado, el art. 41.1 LOTC configura el recurso de amparo como una garantía frente al poder público, lo que hace, en principio, que las lesiones de derechos y libertades imputables a particulares queden excluidas de la protección dispensada a través de este mecanismo procesal. Sin embargo, en la práctica, esta regla se encuentra muy relativizada. Los derechos fundamentales desarrollan en las relaciones entre particulares una eficacia mediata; ello supone, entre otras consecuencias, el que jueces y tribunales deban hacer efectivos esos derechos en las relaciones entre particulares, lo que equivale a que tengan que reparar o impedir las lesiones que en ese tipo de relaciones se produzcan. Si así no lo hacen, están incurriendo ellos mismos en una lesión de aquellos derechos; al ser jueces y tribunales poderes públicos, sus decisiones sí son impugnables en amparo, de manera que a través del control de éstas se fiscaliza la eficacia en las relaciones *inter privatos* de los derechos fundamentales susceptibles de ser protegidos en amparo (STC 18/1984). Con esta construcción, además de ampliar el campo de protección de los derechos fundamentales, el TC puede realizar una labor de interpretación de éstos mucho más coherente[9].

8. Sobre el art. 55.2 LOTC puede verse, por ejemplo, L. J. MIERES MIERES, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales: (especial referencia al incidente en el recurso de amparo)*, Civitas, Madrid 1998, o J. URÍAS: *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

9. Una visión del recurso de amparo desde la perspectiva de las relaciones entre particulares puede verse, por ejemplo, en J. R. MERCADER y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *El recurso de amparo: un enfoque laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2005.

5. TIPOS

La LOTC distingue tres tipos básicos de recurso de amparo atendiendo al origen de la lesión que se denuncia, siendo las consecuencias de dicha distinción especialmente procesales. Por una parte, el art. 42 se refiere al recurso de amparo contra decisiones parlamentarias; el art. 43 LOTC, en segundo lugar, regula el recurso de amparo contra decisiones gubernativas y administrativas; el art. 44 LOTC, por último, se ocupa del recurso de amparo contra decisiones judiciales. Junto a estos tipos básicos de recurso de amparo, en el ordenamiento jurídico se han regulado otros recursos de amparo especiales; todos ellos, sin embargo, tanto por su naturaleza, como por su tramitación procesal pueden ser reconducidos a algunos de los tipos básicos. El primer recurso de amparo especial es el relativo a posibles vulneraciones del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. Inicialmente, el art. 45 LOTC previó este recurso; con posterioridad, este precepto quedó derogado al regularse la objeción de conciencia y fijarse por la LO 8/1984 el régimen de recursos, para finalmente quedar vacío de contenido al haberse dejado en suspenso la obligatoriedad del servicio militar por la Ley 17/1999.

Por su parte, la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General ha establecido dos recursos de amparo electorales: contra la proclamación de candidatos (art. 49) y contra la proclamación de candidatos electos (art. 114). Ambos se dirigen, en principio, contra actos de la Administración Electoral, razón por la cual se tratan de otras variedades de recurso de amparo contra actos administrativos, aunque con importantes peculiaridades procesales, reguladas en el *Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 20 de enero de 2000, por el que se aprueban normas sobre tramitación de los recursos de amparo a que se refiere la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General*[10]. Por último, la LO 3/1984 reguladora de la iniciativa legislativa popular establece en su art. 6 la posibilidad de recurrir en amparo las decisiones de no admitir ese tipo de iniciativa; resulta claro que este recurso de amparo es un tipo específico del recurso de amparo contra actos parlamentarios (ATC 140/1992).

La anterior clasificación de los recursos de amparo, derivada de los criterios del legislador, no supone, sin embargo, grandes diferencias entre unos recursos y otros. Por el contrario, incluso, con cierta frecuencia, los recursos de amparo se plantean con lo que se ha denominado «carácter mixto» por cuanto una misma demanda se dirige contra dos actos de distinto origen: por

10. Sobre los recursos de amparo electorales puede verse, por ejemplo, P. Pérez Tremps, *El recurso de amparo*, cit., págs. 341 y ss. y bibliografía allí citada.

lo general, contra un acto administrativo, por lesionar un derecho fundamental, y contra una resolución judicial que revisaba ese acto y que, en consecuencia, ha recaído en la vía judicial previa al amparo, por lesionar ese mismo u otro derecho fundamental. Las particularidades suelen concretarse en algunas previsiones procesales específicas, en especial en lo que se refiere a plazos.

6. LEGITIMACIÓN Y PARTES

La legitimación para interponer un recurso de amparo es uno de los pocos aspectos de esta institución procesal que se regula en la propia Constitución. El art. 162.b) CE otorga dicha legitimación «a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal». La primera nota que hay que destacar es la amplitud con que se reconoce la legitimación; en efecto, como el propio TC ha señalado, la idea de «interés legítimo» es más amplia que la tradicional de «interés directo». Por otra parte, podría plantearse alguna duda en torno a la legitimación de extranjeros para recurrir en amparo ya que el art. 53.2 CE, se refiere a «cualquier ciudadano» a la hora de determinar quién puede recabar la tutela de derechos y libertades fundamentales, idea que se reproduce en el art. 41.2 LOTC. Sin embargo, la mayor amplitud de la fórmula del art. 162.b) CE ha hecho que se imponga una interpretación amplia de la legitimación, congruente, por otra parte, con la posibilidad de disfrute de derechos fundamentales por los extranjeros (art. 13.1 CE). Por fin, como se deduce del propio artículo 162.b) CE, tanto las personas físicas como las personas jurídicas pueden interponer recursos de amparo, habiéndose reconocido esa legitimación, incluso, a personas jurídico públicas. Problema distinto al de la legitimación es el de en qué medida las personas jurídicas son o no titulares de ciertos derechos fundamentales, lo que acaba incidiendo en su legitimación para recabar la tutela judicial y constitucional. El art. 46.2 LOTC completa la previsión general establecida en la CE con la exigencia procesal de haber sido parte, en su caso, en el correspondiente proceso judicial previo al amparo. Dicha previsión es congruente con el principio de subsidiariedad del recurso de amparo. En todo caso, como ha indicado reiteradamente el Tribunal Constitucional, se trata de un requisito exigible sólo a quien razonablemente pudo ser parte en ese previo recurso y no a quien, por ejemplo, desconoció su existencia.

Por lo que respecta a la legitimación otorgada al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal, se trata de una legitimación extraordinaria, y así lo demuestra la práctica por el escaso número de recursos planteados por ambas instituciones (en torno a un 0,5% de los recursos). La justificación de esta legitimación radica en la misión común que les compete de garantizar los derechos y libertades fundamentales y parece que el uso de dicha legitimación

debe estar supeditado, al menos de hecho, a la falta de reacción frente a una lesión de afectados concretos o a razones de economía procesal, lo que explica el escaso número de recursos de amparo interpuestos bajo esta legitimación institucional.

En relación con otras partes en el proceso de amparo, el art. 47.2 LOTC establece la comparecencia en todo caso del Ministerio Fiscal, en cuanto defensor de los derechos de los ciudadanos y del interés público (art. 124.1 CE). Asimismo, cualquier persona que se encuentre favorecida por el acto recurrido o que ostente un interés legítimo en el mismo puede comparecer como demandado o coadyuvante (art. 47.1 LOTC); con esa finalidad, admitida una demanda de amparo, debe emplazarse a quienes hubieran sido parte en el proceso previo (art. 51.2 LO-TC).

7. PROCEDIMIENTO

El recurso se inicia mediante demanda dirigida al TC donde deben hacerse constar con claridad y precisión la petición que se haga (art. 85.1 LOTC). Dicha demanda debe estar presentada por Procurador del Colegio de Madrid y bajo dirección de Abogado de cualquier Colegio de España (art. 81 LOTC). La demanda fija los límites del proceso, sin que éstos puedan ampliarse posteriormente. El plazo general para interponer la demanda de amparo es de veinte días desde que se tuvo conocimiento de la resolución que puso fin a la vía judicial previa. Algunos recursos de amparo específicos prevén plazos especiales, en concreto los dirigidos contra actos parlamentarios (3 meses), y los recursos de amparo electorales (2 ó 3 días, según los casos).

Las Secciones, formadas por tres Magistrados, son los órganos encargados de resolver sobre la admisión del recurso. Las Salas, compuestas por seis Magistrados, deciden sobre el fondo del asunto cuando éste ha sido admitido a trámite. Sin embargo, el Pleno puede recabar para sí el conocimiento de un recurso de amparo, de acuerdo con el art. 10.k), LOTC cuando lo estime conveniente o cuando así lo acuerde la Sección (art. 13 LOTC); ello se hace con cierta frecuencia, atendiendo a la importancia del asunto o a la necesidad de unificar criterios entre las Salas, entre otras circunstancias.

La inmensa mayoría de los recursos de amparo resultan inadmitidos a trámite (casi el 95% de los interpuestos). Ello se debe a que el art. 50 LOTC permite decretar la inadmisión de la demanda no sólo por la existencia de vicios procesales: extemporaneidad, falta de legitimación, falta de agotamiento de la vía judicial previa o falta de invocación del derecho en dicha vía judicial, etc... También cabe inadmitir por razones de fondo, tales como que el TC ya hubiera desestimado asuntos similares o que la demanda carezca de conte-

nido constitucional. Es esta última causa, la falta de contenido constitucional, la que justifica la mayor parte de las inadmisiones. A través de dicho concepto, el TC lo que hace es inadmitir aquellas demandas que *prima facie*, y a la luz de la jurisprudencia existente, no tienen viabilidad por lo que, en realidad, lo que se dicta es una decisión de fondo en fase liminar.

La decisión de inadmitir se adopta mediante providencia de la Sección, si hay unanimidad. Dicha providencia sólo es recurrible en súplica por el Ministerio Fiscal. Cuando no existe unanimidad, y tras oír al propio Ministerio Fiscal, la Sección puede inadmitir mediante Auto, que no es recurrible.

Una vez admitido a trámite un recurso, el TC reclama las actuaciones del órgano al que se imputa la lesión y del órgano judicial que conoció de la vía judicial previa. A la vista de las actuaciones, el recurrente, el Ministerio Fiscal y quien hubiera sido parte en la vía judicial previa pueden realizar alegaciones.

Los incidentes que puedan suscitarse en la tramitación del recurso se substancian a través de la correspondiente pieza separada, que se resuelve mediante auto. Tres son los tipos de pieza separada legalmente previstas. La primera es la que resuelve sobre la posible acumulación de recursos de acuerdo con los criterios del art. 83 LOTC. Otro de los posibles incidentes es el de prueba, si bien no se hace uso de la práctica de prueba puesto que, dada la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo y el propio objeto limitado de éste, todos los elementos necesarios para decidir suelen encontrarse en las actuaciones, en la demanda y en las alegaciones. El tercer incidente, el más común, es el de suspensión. El art. 56.1 LOTC prevé la posibilidad de suspender la ejecución del acto por razón del cual se reclame cuando esa ejecución hubiera de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. El propio precepto establece un contralímite: la existencia de perturbación grave a los intereses generales o a los derechos fundamentales de terceros. La decisión sobre suspensión puede adoptarse en cualquier momento entre la admisión a trámite del recurso y su resolución, oídas las partes y el Ministerio Fiscal (art. 56.2 LOTC), pudiéndose modificar cuando aparezcan nuevas circunstancias (art. 57 LOTC). Es muy rica la práctica del TC en materia de suspensión. De esta práctica cabe destacar tres ideas: la existencia de un interés general en que se ejecuten las resoluciones judiciales; la tendencia a no suspender la ejecución de resoluciones que impongan obligaciones económicas salvo en casos muy excepcionales; y la suspensión de condenas privativas de libertad breves, pero no de las largas impuestas por la comisión de delitos graves[11].

11. Sobre la suspensión puede verse M. A. MONTAÑÉS, *La suspensión cautelar en el recurso de amparo: prontuario de jurisprudencia constitucional, Aranzadi*, 2001.

Los recursos de amparo son gratuitos, ello sin perjuicio de las facultades que posee el TC de imponer costas e, incluso, multas ante actitudes procesales indebidas (art. 95 LOTC). Por otro lado, puede solicitarse el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio cuando concurran los requisitos generales legalmente previstos, según lo dispuesto en el Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional, de 18 de junio de 1996, sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional.

8. SENTENCIA

Los recursos de amparo admitidos a trámite, y una vez formuladas las alegaciones de las partes, concluyen mediante sentencia, salvo en aquellos casos en que terminan de forma anormal: desistimiento, pérdida de objeto, ... La Sentencia del Tribunal Constitucional, como es lógico, puede ser estimatoria o desestimatoria[12]. En el primer caso, el art. 55 LOTC prevé tres tipos de posibles pronunciamientos: a) Declaración de nulidad del acto recurrido; b) Reconocimiento del derecho; y c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho. Los límites entre estos posibles pronunciamientos, en ocasiones, no están claros, siendo, por lo demás, bastante común que el fallo recoja más de uno de ellos. En congruencia con la naturaleza y finalidad del recurso de amparo, el fallo posee una gran flexibilidad, permitiéndose así hacer frente a todas las posibles circunstancias particulares del caso. Esa flexibilidad está patente en el propio art. 55 LOTC, no sólo por la triple previsión del contenido del fallo, sino, sobre todo, por la amplitud que cada uno de ellos deja a su concreción, por la posibilidad de modular los efectos determinando su extensión [ap. a)] y por la de adoptar medidas adecuadas para la conservación del derecho [ap. c)]. Por último, como ya se ha visto, el art. 55.2 LOTC establece la obligación para la Sala de plantear ante el Pleno la llamada «autocuestión» o «cuestión interna» de inconstitucionalidad cuando se hubiera otorgado el amparo y se estime que una norma con fuerza de ley es la causante de la lesión.

Las sentencias del Tribunal Constitucional no son susceptibles de recurso alguno, con independencia de la posibilidad legal de aclarar conceptos oscuros o meros errores materiales. Cuestión distinta es que España, en cuanto Estado sometido a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

12. Además de la bibliografía general, en relación con la sentencia de amparo pueden consultarse los siguientes trabajos: I. Díez-Picazo Giménez, y otros: *La sentencia de amparo constitucional (Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996; o L. Gómez Amigo: *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

(TEDH), pueda ser demandada ante éste. En esos casos, por lo general, la subsidiariedad de la actuación de la jurisdicción internacional exigirá el agotamiento de los mecanismos internos de protección de derechos y, por tanto, del recurso de amparo. Sin embargo, técnicamente, lo que se recurre ante el TEDH no es la sentencia o decisión del TC ni una eventual condena del TEDH puede comportar automáticamente la nulidad de dicha sentencia o decisión interna.

9. UNA BREVE VALORACIÓN DEL LA FUNCIONALIDAD DEL RECURSO DE AMPARO Y LAS PERSPECTIVAS DE REFORMA

Transcurridos más de veinticinco años desde que se aprobó la Constitución de 1978, resulta hoy pacífico que el papel representado por el TC en la tarea de instaurar y consolidar los principios y valores democráticos ha sido imprescindible. Y es que, en efecto, la «constitucionalización» de España y de su ordenamiento jurídico pasa necesariamente por el trabajo del Tribunal Constitucional. Especialmente significativo ha sido la labor llevada a cabo en la protección e interpretación de los derechos fundamentales, más allá, como es obvio, de que se compartan en todos sus extremos las grandes líneas del edificio jurisprudencial construido, acuerdo que nunca puede ser absoluto. Sin embargo, junto a ese «activo», incontestable e incontestado, del Tribunal Constitucional, esos veinticinco años de trabajo y de cambio de las estructuras jurídicas ponen de manifiesto algunas insuficiencias del sistema español de justicia constitucional, insuficiencias también lógicas dado, entre otras cosas, el tiempo transcurrido. Seguramente, la cuestión que más problemas suscita en la actualidad, aunque son problemas ya presentes desde hace algunos años, es la relativa a la configuración del recurso de amparo constitucional[13]. Este proceso constitucional se ha convertido en una carga excesiva para el Tribunal Constitucional, que debe hacer frente a 9000 recursos de amparo anuales, cifra alcanzada en 2004, lo que representa, a su vez, aproximadamente el 98% de los asuntos de que conoce, ocasionando un excesivo retraso en la toma de decisiones. Pero, además de los datos cuantitativos, el recurso de amparo sigue planteando problemas de articulación entre el propio Tribunal Constitucional y los jueces y tribunales ordinarios[14].

13. Una valoración general puede verse en mi trabajo «Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios: perspectivas del sistema de justicia constitucional en España», en la obra colectiva *Décimo Aniversario de la Reestructuración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México 2005, pp. 163-191.
14. De esta cuestión se ocupó la doctrina de manera temprana; véase, por ejemplo, F. RUBIO LLORENTE, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en

Ni los problemas de carga de trabajo ni los de articulación con la jurisdicción ordinaria son sencillos de resolver, entre otras razones porque responden a causas complejas y de muy distinta naturaleza, pero son problemas que tienen una gran entidad y que, si no ponen de manifiesto un «agotamiento» del modelo de recurso de amparo[15], sí hacen presumir que se está en una profunda crisis. Esa situación de crisis ha sido puesta de manifiesto ya hace tiempo no sólo por la doctrina[16], sino por el propio Tribunal Constitucional. Como casi todas las crisis institucionales en el Estado de Derecho, aunque las soluciones no sean fáciles ni unidimensionales, lo que suelen exigir es, al menos, la intervención del legislador. El legislador, no obstante, tras la reforma realizada en relación con el trámite de admisión del recurso de amparo en 1988[17], ha permanecido callado frente a esa necesidad de reformas, en un silencio que únicamente ha servido para agravar la crisis no sólo en lo cuantitativo, sino, también, en lo institucional. Finalmente, muy recientemente, el Gobierno ha presentado ante el Poder Legislativo un proyecto de ley de reforma de la LOTC[18] en el que, al margen de otras cuestiones técnicas, destacan las reformas que se proponen para el recurso de amparo, entre las que cabe destacar dos. La primera consiste en reforzar la subsidiariedad del recurso de amparo fortaleciendo el papel de los jueces y tribunales ordinarios en la tarea de garantizar los derechos fundamentales. Ello se hace introduciendo una modificación en la LOPJ permitiendo que, excepcionalmente, pueda recurrirse antes de acudir en amparo cualquier decisión judicial que se entienda vulneradora de derechos fundamentales, siempre que no hubiera podido realizarse la denuncia antes de la decisión que pone fin al proceso.

---

el ejercicio de la jurisdicción constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 4, 1982, p. 35 y ss., o P. Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985. Con posterioridad se ha ocupado del tema, también, R. Serra Cristóbal, *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo as través del recurso de amparo*, Tecnos, Madrid 1999.

15. La expresión hace referencia al trabajo de R. Bustos Gisbert, «¿Está agotado el modelo del recurso de amparo diseñado en la Constitución española?», *Teoría y Realidad Constitucional* nº 4, 1999, pp. 273-292.
16. Entre los trabajos más recientes puede verse la obra colectiva coordinada por P. Pérez Tremps, *La reforma del recurso de amparo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2003, con amplias referencias bibliográficas.
17. Sobre la reforma citada puede verse F. Rubio Llorente, «El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley Orgánica 6/1988)», *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 60, 1988, p. 507 y ss.
18. El texto del Anteproyecto de Ley puede verse en *Foro Constitucional Iberoamericano* nº 10, http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-10notnor-esp.htm

La segunda reforma afecta a la demanda de amparo y al trámite de admisión, ya que, en caso de prosperar, se exigirá que la demanda de amparo justifique su especial trascendencia constitucional, de forma que sólo se admitirán aquellos recursos cuyo «contenido … justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» (art. 50.1. b del texto de la LOTC propuesto). Con ello, además de fortalecer las potestades de admisión del TC y de simplificar el procedimiento, parece irse en la línea de que el Tribunal Constitucional se centre en los asuntos realmente relevantes sea por su importancia constitucional sea por la gravedad de la lesión denunciada, haciendo que su intervención sea realmente extraordinaria.

Hasta aquí una visión sucinta de la configuración del recurso de amparo en España y de su virtualidad. Habrá que esperar a ver si la reforma de la LOTC prospera y, en ese caso, si su aplicación produce los efectos deseados de mejora en el funcionamiento del TC y en los mecanismos de protección de derechos.

El mínimo vital: líneas jurisprudenciales y teoría de los derechos sociales desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

JHEISON TORRES ÁVILA
Universidad Nacional de Colombia. Doctorado en Constitución y Derechos Fundamentales

SUMARIO: LAS NARRATIVAS CONSTITUCIONALES DEL MÍNIMO VITAL. SUBLÍNEA SOBRE MÍNIMO VITAL, DERECHOS PRESTACIONALES Y FACULTADES DEL JUEZ DE TUTELA. NOTAS FINALES SOBRE EL MÍNIMO VITAL

En el presente artículo esbozaremos los parámetros que ha desarrollado la Corte Constitucional colombiana para la realización del derecho al Mínimo Vital, con este propósito haremos una revisión de su jurisprudencia más profusa que se desarrolla desde 1992 hasta la finalización de la denominada Segunda Corte en el 2002. En este estudio intentaremos seguir de igual manera, la doctrina sobre la realización de los derechos sociales que se encuentra íntimamente ligada a una de las vías de análisis del mínimo vital.

Las narrativas constitucionales del mínimo vital

El estudio jurisprudencial nos indica que existen dos caminos diferentes que sigue la Corte para articular su discurso sobre el mínimo vital. El primero de estos se encuentra claramente definido y reiterado por la Corte un amplio número de veces. Este primer sendero entiende el mínimo vital en el marco de la seguridad social y el derecho a una pensión como derechos legales que adolecen de las suficientes condiciones para ser reclamados, propiciando el espacio para ser exigidos en Tutela[1]. El caso paradigmático tiene como sujeto al anciano o mujer embarazada que reclama ante la entidad correspondiente su derecho a la pensión o a prestaciones sociales, y se les niega su trámite, o éste no se hace con celeridad. Los sujetos al no recibir el pago

1. Sobre este aspecto de la tutela como medio de reclamo ya nos referimos atrás. Ver, GARCIA VILLEGAS, MAURICIO, Derechos sociales y necesidades políticas, La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano, en El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Tomo I, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre, Bogotá, 2001.

ven amenazada su existencia ya que con estas prestaciones cubren sus necesidades básicas. Ante esta situación la Corte tutela su derecho a la vida digna, a la salud y a la seguridad social con el objeto de realizar la cobertura de su mínimo vital. Esta medida se toma casi siempre como medio subsidiario (tutela para evitar perjuicio irremediable) mientras se resuelve la acción judicial ordinaria. Bajo este tipo de argumentación, el mínimo vital no es un derecho sino más bien un valor que actúa para propiciar la admisibilidad de la Tutela ante el Estado de necesidad que se produce por la urgencia de exigibilidad de las prestaciones debidas.

La segunda vía de argumentación de la Corte sobre el mínimo vital es aquella que se caracteriza por exigir una prestación del Estado sin que se haya radicado un derecho subjetivo o exista claramente una vía judicial para obtener su protección. Aquí el mínimo vital cobra su más clara dimensión política y activista-progresista situándose en el difícil campo de los derechos que requieren de una prestación, surgidos del deber del Estado para atender aquella población marginal que no puede satisfacer sus más elementales necesidades[2]. Al respecto la Corte no ha sido clara y ha tenido distintas aplicaciones del derecho sin que hasta la fecha se tenga una línea perfectamente delimitada.

Por razones de extensión, nos ocuparemos únicamente de la segunda vía de argumentación que resulta sin duda más atractiva para el estudio de la realización de los derechos sociales y su tensión con el principio democrático.

Sublínea sobre mínimo vital, derechos prestacionales y facultades del juez de tutela

Esta sublínea contiene mayor indeterminación que la referida a Seguridad Social, esto es así porque la tutela de los derechos sin el previo reconocimiento legal implica en muchas ocasiones asignaciones presupuestales que pueden ser catalogadas como activismo judicial. Si bien en las dos se encuentra presente el principio de dignidad humana y la realización del Estado social, en esta sublínea la Corte puede comprometer por vía de tutela la política

2. Desde el punto de vista de los derechos como participación, no cabe duda que ignorar la atención del mínimo vital significa renunciar a la idea de sujetos que pueden participar en la vida social y política del país. Así la atención de estos requerimientos se convierten en necesidades básicas del orden político. Ver, GONZALEZ MORENO, BEATRIZ, El Estado social: Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales, Civitas, Madrid, 2002, pág. 75 y ss.
3. Una línea de precedentes en estricto sentido es el conjunto de ratios de las sentencias, presentadas en un rango comparativo que permite observar los

social y económica del Estado en diferentes instancias territoriales, municipales, departamentales o nacional.

Así las cosas, esta sublínea esta construida en su mayor parte por *obiter*[3] de las sentencias, de forma tal que en principio no es en estricto sentido una línea jurisprudencial, pero es tal la importancia del tema[4] y la ubicación estratégica[5] de los *dictum*, que la Corte ha ido asumiendo compromisos que van adquiriendo la fuerza suficiente para hablar de una línea o cuando menos de una sublínea, sobre todo porque compromete en buena medida la realización de los derechos sociales.

La sentencia fundacional de la línea es la T-426 de 1992[6], aquí la Corte expuso sus ideas sobre la necesidad de proteger los derechos fundamentales relacionados con las condiciones mínimas que los individuos deben tener y que el Estado social de derecho debe asegurar, no obstante estas afirmaciones no son categóricas y hacen parte del juego dogmático de *siembra* de conceptos constitucionales para desplegar discursos estratégicos, en este caso, el de los derechos sociales, como luego podremos constatar.

Desde el inicio la idea de mínimo vital es un concepto que tiene una conexión directa con el desarrollo de las políticas públicas, debido a que es indispensable un conjunto de directrices orientadas a satisfacer los servicios básicos de la población menos favorecida para poder hacer realidad lo que pretende el mínimo vital. En este comienzo la jurisprudencia utiliza el mínimo vital como un principio-valor, y no un derecho, su función aquí no es otra que la de reforzar otras posiciones (defensa del Estado social), más que la de radicar verdaderos derechos.

---

diferentes balances constitucionales sobre un conjunto de hechos claves. En una interpretación más amplia, una línea puede corresponder a la organización de esos balances a través de diferentes partes del discurso jurisprudencial. De todas formas esta construcción con menor poder gravitatorio, en muchos casos termina ganando el suficiente espacio para convertirse en una línea en sentido estricto.

4. No olvidemos que frente a este tema tenemos la eficacia de la constitución y la protección efectiva de los derechos fundamentales prestacionales. Por ello la Corte no puede evadir el tema.

5. En el estudio del mínimo vital se pueden observar las diversas estrategias judiciales para conseguir objetivos políticos concretos inmersos en el texto constitucional. Sobre la actuación estratégica de los jueces en el desempeño judicial, Ver, RODRIGUEZ, Cesar, Estudio preliminar, en KENNEDY, Duncan, Libertad y restricción, Siglo del Hombre, Santafé de Bogotá, 1999, pág. 65 y 89.

6. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El mínimo vital como concepto estratégico, es entonces un término constitucional que inicia una carrera para enfrentar el principio de mayorías y ponerlas frente a los retos de nuestra fórmula constitucional, y de los preceptos internacionales sobre la materia (Pactos de derechos económicos y sociales y pacto de San Salvador). Esta carrera es sin duda una herramienta que pueden utilizar los jueces para ampliar sus poderes y llegar a estimular bajo sentencia de tutela el desarrollo y protección efectiva de los derechos prestacionales[7].

Una primera aproximación al mínimo vital la hace la Corte a través de la conceptualización de los mínimos de subsistencia. Así la T-571 de 1992 definió por subsistencia: «Es consecuencia de la dignidad humana y el Estado social de derecho. Incluye la facultad de neutralizar situaciones violatorias de la dignidad humana y de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta». No otorga la facultad a todas las personas de exigir directamente y sin tener en cuenta las circunstancias especiales del caso. Deja claro la sentencia que la subsistencia no faculta a exigir un derecho de esta naturaleza, pero si habla de acciones para neutralizar las situaciones violatorias, lo que pone de manifiesto la puesta en marcha de las *obligaciones inmediatas (principios deLimburgo)* de los Estados respecto a los derechos sociales. También sitúa la subsistencia frente a posibles sujetos individuales o colectivos, poniendo de presente que esta tutela se encausa a cierto tipo de *categorías sospechosas*[8], como los grupos que sufren discriminaciones, marginados sociales, o en todo caso, personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Con estos elementos se observa que la discusión constitucional sobre el mínimo vital requiere de una apreciación detallada de los mínimos sociales, toda vez que el mínimo vital necesita de la determinación no solo de las

7. «Los derechos prestacionales en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares.» ALEXY, ROBERT, Teoría de los Derechos Fundamentales, Op. Cit., pág. 482.
8. Sobre su definición y uso, REY MARTINEZ, FERNANDO, El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, pág. 51.
9. La Corte por esta vía de argumentación asume que los derechos no están plenamente determinados en la ley, sino que estos pueden derivarse de los valores constitucionales, lo que puede mostrarse como un episodio más de superación de la visión constitucionalista francesa de la anterior constitución, que entiende que los derechos requieren siempre de determinación explícita del legislador. Ver, CRUZ VILLALON, Pedro, Formación y evolución de los derechos fundamentales,

omisiones del poder público, sino de prestaciones que se presentan como graduales con el objeto de cubrir al menos cierta esfera que no derogue en la práctica el derecho[9].

De otro lado, si se presenta la gradualidad en las prestaciones, ¿es posible la gradualidad del daño?. Es decir, sí el daño es alto las prestaciones también, aunque si el daño es leve pero configura un menoscabo al mínimo vital, ¿podría recibir una prestación acorde con ese daño?. En este derrotero el mínimo vital parece más una regla que un principio, puesto que el nivel de daño, que en este primer aspecto se refiere a la subsistencia, debe configurar acciones urgentes, de lo contrario dicha prestación se niega. Esto tiene valor en un orden político de recursos escasos. El mínimo vital absoluto es en ese sentido elemental, una regla[10] de obligatorio cumplimiento puesto que su gradación por debajo de lo impuesto representa su negación total.

El alcance del mínimo vital debe valorarse en el contexto que se produce, al verse como un conjunto de argumentos que van elaborando la idea de mínimos existenciales dada su estrecha relación con los deberes del Estado y las facultades que puede asumir el juez ante situaciones de violación del mínimo vital. Estas afirmaciones son vacías si se leen en el contexto de la sentencia, pero introducen la preocupación por los derechos sociales fundamentales, como objetivo de la misma jurisprudencia[11]. Debo insistir con respecto al empeño de estos argumentos pues no puede atribuírseles la misma fuerza gravitatoria que los de otra línea, pues la elaboración de la subreglas sólo es fuerte a partir del año de 1998 como veremos más adelante. Este es el estudio que prepara las subreglas del mínimo vital como derecho referido a prestaciones mínimas.

En el lapso de 1994 a 1996 no se producen sentencias de mínimo vital que se refieran directamente a este punto de realización de derechos presta-

en Revista Española de Derecho Constitucional, No. 25, 1989., pág. 49. En sentido contrario opina Chinchilla, que considera que precisamente el derecho al mínimo vital no es tal, por que el legislador no lo ha determinado. CHINCHILLA, Tulio, Op. Cit., pág.

10. Los principios aunque se presentan abiertos y elásticos, tienen un punto máximo de inflexión que de sobrepasarlo conduce a la negación inequívoca de su objeto normativo. Esto es lo que representa la violación del mínimo vital absoluto. Sobre los principios y directrices, DWORKIN Ronald, Los Derechos en Serio, Ariel, Barcelona, 1992, pág. 72 y s.s.,166,189.
11. Ver, ABRAMOVICH, Víctor, CURTIS, Cristian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002, pág. 135.
12. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

cionales. Sin embargo, el debate sobre las facultades del juez para intervenir en las políticas públicas y en asignación de recursos por sentencia se encontraba abierto. En la T-420 de 1994[12] el tutelante pretende que se protejan sus derechos violados, debido a que su vivienda queda en las proximidades de la cárcel de la ciudad de Cartagena, y las fugas de presos y el pésimo Estado de higiene de dicho lugar amenazan sus derechos fundamentales. En esta ocasión el alto Tribunal se expresó:

«*En casos de la gravedad señalada en este caso, el juez podría emitir ordenes encaminadas a la realización de los procedimientos administrativos necesarios para llevar a cabo la inclusión presupuestal y posteriormente la ejecución de la obra*. Para que ello pueda ser admitido como facultad del juez, es también indispensable que dicha ejecución sea el único medio para garantizar la protección de los derechos fundamentales. En cuanto al alcance de la orden judicial, ésta debe limitarse a dar instrucciones a la autoridad competente para que «lleve a cabo las diligencias necesarias, dentro de la normatividad vigente, con miras a que en la programación posterior del presupuesto se proyecte el recurso necesario para efectuar el gasto y culminar la obra, *logrando así la protección razonable y efectiva del derecho». (cursiva nuestra)*

La Corte con lo dicho pretende regular la actividad del juez de tutela, sin que ello signifique renunciar a la intervención, que operaría como la figura del reenvío[13], y que presentaría un panorama propicio en caso que el juez requiriera llevar a cabo acciones que implicaran gastos del erario público para tutelar el derecho al mínimo vital. La articulación de una argumentación progresista y activista es uno de los objetivos de este tipo de discurso que, desafortunadamente tiene una fundamentación precaria puesto que no dispone de un estudio detallado frente al principio democrático, y sólo se ciñe a afirmar el asunto del daño a los derechos. Esta situación hace que la intención de hacer del juez constitucional una opción importante dentro del panorama de los poderes de la constitución de 1991 no se vea fortalecida, siendo en últimas una posición fácilmente atacable y peligrosa

13. En la casación italiana, la Corte suprema casa la sentencia pero es el juez que profirió la sentencia quien dicta la nueva, la Corte señala cómo debe hacerse, pero no asume el lugar del inferior. Aquí la Corte indica cómo pueden hacerse las asignaciones, pero no toma el papel del funcionario encargado para tal efecto.
14. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
15. Los hechos de esta sentencia hacen referencia a la sublínea de pensiones, y no parecen tener en principio relación directa con derechos prestacionales y mínimo vital, puesto que en el caso se estudia la existencia de un derecho legal a la asistencia.

para el sistema constitucional al desestimar los demás elementos de la fórmula constitucional.

Con la SU-111 de 1997[14] se introducen importantes cambios al mínimo vital y se intenta la consolidación de una subregla de derecho que determine cómo y cuándo el mínimo vital podría ser un derecho[15].

La argumentación apunta a seguir lo que tímidamente se había expuesto en T-426 /92, pero se hace explícita una posición más conservadora:

«Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtirse para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial.» [16]

La pretensión de la SU-111 es definir la intervención del juez de tutela en casos relacionados con mínimo vital y derechos prestacionales, pero esta voluntad de aclarar el tema no muestra los derroteros activistas progresistas de las afirmaciones en obiter de años anteriores[17]. La sentencia pretende dejar claro que los derechos sociales son derechos cuya realización esta en manos del legislador, y que si bien la Corte puede intervenir, esta intervención está enmarcada por lo que haya dispuesto el Congreso por vía legal al definir las políticas públicas. Se privilegia en todo caso, el principio democrático sobre la efectividad de los derechos, dejando pospuesto el salto definitivo hacia la exigibilidad del derecho al mínimo vital.

Se reitera la regla expuesta en sentencia fundacional T-426, pero enfatiza que los jueces no pueden tomar acciones concretas en la realización del Estado social, pues su definición y desarrollo le corresponde al legislador. Pese a que la sentencia hace referencia a la regla de aplicación del mínimo vital, no desarrolla las posibles condiciones en que éste debería triunfar. Esta sentencia

16. SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
17. Sobresale el hecho que el magistrado que más ha incidido en la línea desde su fundación haya sido Cifuentes Muñoz. Este dato es más interesante si se compara la evolución de sus decisiones, pues es notable el cambio de su jurisprudencia al respecto, pasando por el activismo de la SU-225 y la tesis restrictiva de la SU-111. La jurisprudencia de Cifuentes y sus cambios muestran la dificultad de regular el tema.
18. La regla de esta sentencia parece negar la posibilidad de intervención judicial en favor de derechos prestacionales, con lo que parece que la Corte realiza una idealización de un legislador que tampoco expone la realidad política del país. CHINCHILLA, Tulio, Op. Cit., pág. 130.

desarrolla temáticamente los retos del juez constitucional frente al principio democrático y la realización de Derechos sociales y económicos por medio de las acciones judiciales, pero termina con un mensaje de fuerte autorestricción, que deja sin impulso las posibilidades de los jueces frente a la protección eficaz de los derechos prestacionales[18].

El Estado social de derecho es ante todo un Estado democrático y ello implica el respeto de las reglas de las mayorías. La pregunta que inmediatamente surge es: ¿ y el mínimo vital donde va a parar?. Pues en mi opinión con la SU-111 la posición es tan dura que deja en claro que el mínimo vital no es un derecho, sino una mera directiva dentro de las ideas orientadoras de la política pública, admitiendo restricciones frente a otras de igual valor constitucional. Dice el Tribunal:

« La cláusula del Estado social de derecho tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. *No puede pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos.* La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario.»

« Sin embargo, los derechos tentativamente llamados económicos, sociales y culturales, tienen un contenido prestacional más acusado y permanentemente están necesitados de soporte presupuestal en los distintos niveles territoriales y funcionales del Estado , extremo éste que se gobierna por las reglas del principio democrático y que no puede quedar librado a la discrecionalidad judicial.»[19]

Lo que preocupa de esta sentencia, no sólo es la tesis restrictiva de intervención y defensa de los derechos sociales y del mínimo vital, sino también el que deja de lado las objeciones que se señalaron sobre la exigibilidad de los derechos sociales, y que ya hemos tenido oportunidad de referir. Entre otras las que se desprenden de la determinación de mínimos de los derechos sociales

19. SU-111 DE 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

para su consagración y defensa, la existencia del principio de progresividad, la defensa del principio de eficacia de los derechos sociales, el estudio detallado de «la reserva de lo posible», y la intervención judicial en caso de omisiones legislativas. Ninguna de estas es desarrollada y resuelta por la SU-111, con lo cual no cambia el tono retórico, sólo que esta vez lo asume en una posición restrictiva.

La dureza de su postura, empero, no representa la tesis más dura[20] sobre el tema que niega toda posibilidad de tutela. Lo que hace es ratificar un test de exigibilidad complejo, que como afirmamos párrafos atrás, resulta extremadamente más restrictivo que el propuesto por Alexy:

«Por lo expuesto, la Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.

Por fuera del principio a la dignidad humana que origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta menesterosidad , la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública desplegada en este campo. En estos eventos, se comprende, la violación del derecho fundamental es autónoma con relación a las exigencias legales que regulan el servicio público.

20. BOCKENFORDE, Ernst-Wolfang, Escritos Sobre Derechos Fundamentales, Nomos, Baden-Baden, 1993, pág. 77; Ver, FORSTHOFF, Ernst, Problemas Constitucionales del Estado social y Concepto y Esencia del Estado Social del Derecho, en El Estado social, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

En el contexto de un servicio estatal ya creado o de una actividad prestacional específica del Estado, puede proceder la acción de tutela cuando quiera que se configuren las causales para ello, ya sea porque no existe medio judicial idóneo y eficaz para corregir el agravio a un derecho fundamental o bien porque aquélla resulta indispensable como mecanismo transitorio con miras a evitar un perjuicio irremediable. *La intervención del juez de tutela, en estos casos, opera forzosamente dentro del perímetro demarcado por la ley y las posibilidades financieras del Estado* siempre que la primera se ajuste a la Constitución Política , vale decir, tiene naturaleza derivada y no es en sí misma originaria. En este sentido, por ejemplo, puede verificarse que la exclusión de una persona de un determinado servicio estatal, previamente regulado por la ley, vulnere la igualdad de oportunidades, o signifique la violación del debido proceso administrativo por haber sido éste pretermitido o simplemente en razón de que el esquema diseñado por la ley quebranta un precepto superior de la Carta.»[21] (cursiva nuestra)

La sentencia pretende frenar cualquier intento judicial de aplicación directa de la Constitución, por ello es enfática en referirse a que los parámetros de actuación se imponen desde la reserva de lo posible y el principio de legalidad. Este tipo de restricciones no parecen ajustarse con el constitucionalismo descrito por la Corte hasta ese momento, que precisamente había preferido por la vía de la ponderación la restricción de otros principios para la defensa de los derechos. El peligro de esta fuerte autorrestricción es nuevamente el que entraña el constitucionalismo sin los referentes democráticos adecuados (sistema político sólido, conciencia democrática, etc.), que pueden terminar con el vaciamiento de los derechos, ya que el legislador no parece tener como constante de actuación para el desarrollo decidido de los derechos sociales.

Sin embargo, lejos de quedar zanjada la discusión, en el mismo año la Corte se volvió a pronunciar sobre el asunto. La T-270[22] aparece con una tesis que si bien no se aleja del intento de balance de la sentencia de unificación, si posee diferencias importantes con la anterior, esto significa que el tema no

21. SU-111 DE 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
22. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Cajanal ha sido negligente con el pago de licencia de maternidad de un grupo de trabajadoras, cuya subsistencia depende de dichos rubros. Nótese como el caso de esta sentencia se enmarca dentro de los casos tipo de la línea de pensiones, lo que puede significar que la T-270 pretende salvar los argumentos de la SU y no permitir que la actividad judicial en materia de derechos prestacionales se restrinja a los casos de derechos futuros y de forma particular a los referidos a Seguridad Social.

quedó zanjado en la SU-111, y que el consenso dentro del Tribunal es bastante débil sobre la materia.

La T-270/97 es seguramente la sentencia más importante de la línea si pensamos en términos de desarrollo jurisprudencial del mínimo vital, derechos prestacionales y facultades del juez frente a la protección de estos; pues recoge la posibilidad de amparar derechos sociales y económicos por medio de la acción de tutela, en los casos en que se presente una grave violación a la dignidad humana a personas pertenecientes a grupos vulnerables, y cuando *el Estado ha dejado de prestarles la cobertura a la que esta obligado.* Este argumento que se expuso en la SU-111 toma otra forma debido a su ubicación estratégica frente a la cita sobre las facultades del juez de tutela, cuando deba comprometer presupuestos[23]

La sentencia es expresa en señalar que el juez de tutela debe utilizar los mecanismos que estén a su alcance para cesar la afectación al mínimo vital, incluso el compromiso de partidas presupuestales si no existe otra forma para hacer efectiva la protección. La tesis restrictiva de la SU-111 es suavizada para mantener la puerta abierta al juez para poder intervenir, y sobre todo, para permitir la defensa del derecho al mínimo vital frente a las obligaciones del Estado en materia de necesidades básicas. Lo que se puede criticar, es que se mantiene cierto grado de indeterminación, puesto que no aclara cuando no se ha prestado ayuda, y a qué obligaciones hace referencia, si a derechos legales reconocidos, o también a derechos sociales sin este previo reconoci-

23. «En casos de la gravedad señalada, el juez podría emitir ordenes encaminadas a la realización de los procedimientos administrativos necesarios para llevar a cabo la inclusión presupuestal y posteriormente la ejecución de la obra. Para que ello pueda ser admitido como facultad del juez, es también indispensable que dicha ejecución sea el único medio para garantizar la protección de los derechos fundamentales.
La argumentación que el peticionario expone en su escrito de impugnación no tiene en cuenta los indicados supuestos necesarios, esto es: a) que la orden judicial dirigida a la administración no sea de resultado sino de medio, es decir que consista en la realización de los trámites necesarios para la ejecución de la obra, y b) que ello sea el único instrumento para salvaguardar los derechos fundamentales conculcados.
4.1. En cuanto al alcance de la orden judicial, la jurisprudencia de la Corte es clara cuando afirma que ésta debe limitarse a dar instrucciones a la autoridad competente para que «lleve a cabo las diligencias necesarias, dentro de la normatividad vigente, con miras a que en la programación posterior del presupuesto se proyecte el recurso necesario para efectuar el gasto y culminar la obra, logrando así la protección razonable y efectiva del derecho» (Sentencia T-185 de 1993)." Sentencia T-420 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

miento, o ser susceptibles de ello. Pero la puerta nuevamente queda abierta ante las situaciones de vulneración, o de extrema urgencia para radicar derechos subjetivos en cabeza de los afectados por violar su mínimo vital.

Los argumentos en juego como el Estado Social, la dignidad humana, el principio democrático y la facultad del juez para proteger los derechos derivados del mínimo vital no son nuevos, ya que estos apartes ya venían haciendo carrera a lo largo de la línea. Lo que sucede en este punto, es que la Corte juega con dichos argumentos para tratar de crear los balances constitucionales que generen seguridad a la hora de cumplir con sus funciones. Los movimientos de un lado hacia otro, expresan la dificultad del tema, y las limitaciones para expresar coherentemente una línea jurisprudencial. Lo cierto es que hasta el momento no se ha logrado conseguir una subregla sólida que allane el camino y nos brinde un punto hito que produzca una adecuada ponderación entre el principio democrático y la responsabilidad del juez de proteger los derechos fundamentales.

Pero ante este panorama bastante difuso la SU-225 de 1998[24] vuelve a intentar la unificación de criterios para definir el mínimo vital y proteger su núcleo básico. El caso que se relata se distancia de lo señalado por la línea de pensiones. Aquí un grupo de padres de familia de un barrio de Bogotá, pide que se tutele el derecho a la salud de sus hijos debido a que ellos no tienen la posibilidad de sufragar los gastos médicos, ni cuentan con seguridad social ante la inminente posibilidad de contagio de la enfermedad denominada meningitis y que para evitarla necesitan de una vacuna que no se ha suministrado por las entidades de salud pública correspondientes.

La subregla que postuló la Corte es: la omisión del Estado y las autoridades públicas en cuanto al despliegue de acciones conducentes a amparo del núcleo básico de un derecho fundamental prestacional, como la salud, de un grupo de población en condiciones de debilidad manifiesta y cuyo mínimo vital ha sido lesionado, posibilita la intervención del juez constitucional en aras de ordenar que se ponga término a la abstención del Estado y conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados.

Esta sentencia de unificación abre nuevamente la puerta a la posibilidad de proteger el mínimo vital frente a derechos prestacionales, ante la determinación de una regla de actuación, y la fijación de un objeto debido (para el caso la protección del derecho a la salud de una comunidad). La in-

24. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

tervención del juez que ya había recibido un trato favorable en la T-270, queda absolutamente en claro en esta oportunidad. Sobre el mínimo vital dice la Corte:

« La doctrina del mínimo vital se refiere a una institución de justicia elemental que se impone aplicar, como repetidamente lo ha hecho la Corte Constitucional, en situaciones humanas límites producidas por la extrema pobreza y la indigencia cuando quiera que frente a las necesidades más elementales y primarias, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente y dejan de notificarse de las afectaciones más extremas de la dignidad humana. La jurisprudencia de la Corte ha señalado que la flagrante violación de un derecho humano que comprometa de manera radical la existencia misma de la persona, obliga al juez a impulsar la actuación positiva del Estado.»

Esta definición de mínimo vital parece tomar una versión menos restrictiva sobre su subsistencia, ya que puede ser leída como protección a los mínimos para mantener la vida, o los mínimos para tener una vida digna. Sin embargo, esto queda resuelto, como vimos, con la lectura que se realiza sobre el Estado social de derecho cuyo contexto es la defensa, entre otros valores, de la dignidad humana que entiende el mínimo como un mínimo social y no biológico.

Con lo manifestado por la Corte, no queda duda que el concepto de mínimo vital ya pertenece al lenguaje constitucional y que una aproximación de este *derecho doctrinal* [25] debe hacerse bajo la lectura de la fórmula política de la Constitución. El mínimo vital, es entonces, un derecho que agrupa un conjunto de derechos que son protegidos en un contexto determinado. Este contexto es el que se presenta cuando un grupo o individuo vulnerable, no posee sus necesidades básicas cubiertas, debiendo el Estado actuar para remediar esta dificultad.

Pero lo más destacable de la SU-225 es su regla sobre la posibilidad de acción del juez frente a problemas que debían ser resueltos por el legislador. Esta regla afirma que existen derechos prestacionales fundamentales, y estos son aquellos derechos prestacionales que tienen una conexión inescindible con los derechos fundamentales. Estos derechos prestaciona-

25. Al respecto la Corte parece eludir la discusión sobre la creación de derechos por su doctrina. Y utiliza un lenguaje ambiguo al referirse al mínimo vital, pareciendo que se tutelan los derechos que este contiene. Esta es una estrategia, en nuestra opinión, para asegurar su tutela, y no enfrentarse al respecto con los defensores de la tesis restrictiva.

les fundamentales poseen un doble contenido, que como ya tuvimos oportunidad de ver, permiten la salvaguarda del mínimo vital y la ponderación del principio democrático, puesto que el núcleo externo lo construye el legislador a través de las facultades de limitación y configuración, y el interno, lo define el juez como defensa de lo dispuesto por el constituyente[26].

El juez podrá actuar, en todos los casos en que el núcleo esencial se vea afectado, es decir si se viola un derecho fundamental, y si este derecho es de menores de edad con mayor razón el Estado o un particular está en la obligación de acudir a solucionar la vulneración del derecho. El juez determinará su actuación conforme al análisis de la política pública que debería cubrir o que cubre el derecho en discusión y en las circunstancias concretas de su vulneración.

Ante el obligado examen que debe llevar a cabo el juez de la carencia de un derecho prestacional, en conexión directa con la noción de mínimo vital se deban agotar niveles diferentes de análisis, a saber: evidenciar un titular de una categoría sospechosa, la demostración de una necesidad básica insatisfecha, la relación de esta necesidad con las acciones del Estado y su actuación, calificando el grado de respuesta que debe realizar el Estado ante estos casos. Una vez realizado este análisis el juez podrá señalar si la carencia de una política pública es la causante de la violación del derecho y actuar. Si existe una norma que dirija la actuación del Estado para cubrir las necesidades básicas de un grupo marginal, el peticionario de manera igual tendría derecho a la acción de tutela pues en este caso la ley ha radicado en concreto el derecho al mínimo vital que antes carecía de un sujeto claramente determinado. Este sería la circunstancia de los desplazados, que por medio de la ley 387 de 1997, pueden exigir la eficacia de la política pública con fundamento en la citada norma. Esta situación de reclamo requiere el examen de las condiciones materiales de ejecución, pues la Corte o el juez constitucional no están facultados para ordenar obras de forma irresponsable desde el punto de vista fiscal, pero ellos sí pueden revisar si la obra no se realiza por negligencia estatal.

Pero como sabemos, para determinar la protección del derecho al mínimo vital debe definirse cuál es núcleo esencial, y aclarar cuál es el marco de intervención del juez, y cuál es la parte del derecho cuya definición per-

26. Esta expresión de interno y externo no tiene que ver con la teoría expuesta por Borowski donde entiende estas expresiones referidas a pautas iusnaturalista sobre el núcleo de los derechos. Aquí se atiende más bien lo dispuesto sobre desarrollo y limitación de los derechos por el legislador y el juez constitucional. BOROWSKI, Martín, La Restricción de los derechos Fundamentales, en Revista Española de Derecho Constitucional, No. 53, 2000.

tenece exclusivamente al legislador. La definición del núcleo básico del derecho al mínimo vital nos ocupará las siguientes líneas.

Si bien la teoría del núcleo es problemática frente a la posibilidad de aplicar la ponderación[27], nos referiremos a está pues la Corte la ha acogido de forma expresa. El núcleo básico de un derecho, es entonces, aquella parte del contenido de un derecho que es absolutamente indispensable para que los intereses jurídicamente protegidos sean efectivamente amparados. La teoría del núcleo de los derechos tiene como objeto enfatizar el cumplimiento de los deberes constitucionales que tiene el Estado al interpretar los derechos como objetos normativos de primera línea. Esta delimitación permite, como es evidente, la intervención judicial, como expone la SU-225.

Si entendemos el Derecho al Mínimo vital como aquel derecho que tienen las personas a disponer de las condiciones materiales mínimas para subsistir, su núcleo estará delimitado por aquellas cosas que son vitales[28] o como lo expresó la Corte, por el conjunto de necesidades básicas[29]. Pese a esta indeterminación, la jurisprudencia ha ido generando un consenso de qué bienes se encuentran dentro del concepto de mínimo vital. Así una persona necesita alimentación, vivienda, seguridad social y medios dinerarios para subsistir[30]. Esta definición en consonancia por lo expresado por Sen, es definitivamente incompleta, puesto que la adquisición de bienes no garantiza el goce de la libertad para disponer de ellos. Pero esto parece superarse cuando la Corte hace referencia a la obligación que tiene el juez de examinar la

27. Esto sobre todo frente a una concepción que conciba el núcleo como algo esencial e interno al derecho; MARTINEZ PUJALTE, Antonio, La Garantía del Contenido Esencial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; GAVARA DE CARA, Derechos fundamentales y Desarrollo legislativo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

28. El último Censo Nacional de Población de 1993 arrojó las siguientes cifras con respecto a las necesidades básicas insatisfechas (N.B.I) en el total de la población Colombiana:

Con vivienda inadecuada	11.6%
Con hacinamiento crítico	15.4%
Con necesidades básicas insatisfechas	35.8%
En condiciones de miseria	14.9%

Fuente Dane, boletín de estadística No. 507, 1995.

29. Concepto de necesidad básica insatisfecha: «Carencias cuya satisfacción escapa al control de la persona que la sufre, que son ineludibles, pues no dependen de su voluntad o deseo cuya satisfacción es absolutamente imprescindible para evitar un daño que altere gravemente las condiciones mínimas esenciales del concepto de dignidad humana.». SU-225 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

30. T-426 de1992, MP Eduardo Cifuentes Muñoz

existencia de desigualdades e infracciones directas a la libertad como medio de defensa del mínimo vital.

La discrecionalidad del juez para precisar el conjunto de derechos a proteger, no esta definido por dichos derechos sino por todas las conductas que atenten contra los mínimos que todo ser humano necesita para vivir en sociedad, asumiendo con esto la tesis definitiva del mínimo vital como derecho y no como valor.

Con todo, la construcción del núcleo puede resultar incompleta, pues se ha argumentado que la vida, no es entendida como una mera subsistencia, sino como vida en condiciones de dignidad[31], lo que implica la garantía de un conjunto de derechos de carácter prestacional que no han sido incluidos en el núcleo descrito y deberían aparecer. Estos derechos excluidos son los de salud, no como asistencia inmediata sino como infraestructura para generar la cobertura, el de educación entendido como un derecho que involucra las necesidades inherentes del individuo como ser humano y social[32]; y los que se relacionan con necesidades básicas insatisfechas en los servicios públicos. La T-011 de 1997 expresó:

«Para la Corte el mínimo vital garantizado como derecho inalienable de todo trabajador, está constituido por *los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida* que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano. En otros términos, el mínimo vital, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 5, 25 y 53 de la Constitución, incorpora un componente social que obliga al Estado a considerar a la persona en su plena dimensión, no sólo material sino espiritual, cuya subsistencia digna no se agota en la simple manutención, mediante el suministro de alimentos, sino que involucra todas las necesidades inherentes a su condición de ser humano, inserto en la familia y en la sociedad. La vivienda digna hace parte sin duda del aludido concepto, especialmente si se tiene en cuenta su importancia para la preservación del entorno familiar en su esencia y con miras a la realización de los derechos fundamentales de los niños.» [33]

31. T-124 de 1993, MP Vladimiro Naranjo Mesa
32. T-011 de 1998, MP. José Gregorio Hernández.
33. Ibíd.

De la definición anterior, que sin duda es la más completa, debe hacerse una lectura cuidadosa; ya que como venimos estudiando, el juez no posee la facultad de proteger todas estas necesidades[34]. El derecho a la vivienda como prestación obligatoria del Estado, por ejemplo, merece consideraciones especiales, y aunque no sale del ámbito de lo que consideramos mínimo vital, si se sitúa, según la Corte, en el rango de derechos que el legislador debe desarrollar, y sólo en casos excepcionales el juez se pronunciará sobre este derecho. Lo que pone de manifiesto que el rasero para la determinación del núcleo esencial esta circunscrito a una idea extrema de mínimo vital absoluto, que no corresponde a un parámetro universal de respeto, sino a una idea, de todas maneras, relativa al sistema político y económico donde se desenvuelve. La relatividad del mínimo vital se fija como una meta a conseguir, manteniendo así la tesis de la progresividad de los derechos. De esta forma el contenido del núcleo esencial esta permanente en discusión debido a que son las condiciones del caso las que permiten la intervención, resultando la conexidad con los derechos fundamentales inescindible para realizar la protección constitucional[35].

La delimitación de la SU-225/98, como sentencia hito al regular las posibilidades de protección al mínimo vital marca la clara posibilidad de aumentar el grado de cobertura a los sectores excluidos de la población, rechazando la tesis restrictiva de la SU-111. El regreso a un modelo de juez garantista en sentido débil, permite mantener la promoción de los derechos sociales por parte de la Corte, más allá del discurso de los derechos como pretensiones morales sin consecuencias inteligibles.

Así las cosas, el derecho al mínimo vital se convierte en una clara herramienta de lucha para aquellos grupos de la sociedad que poseen necesidades

34. La labor de la política como emplazamiento para configurar las necesidades sociales es de vital importancia para el desarrollo de los derechos, puesto que un tribunal puede encontrar la necesidad de calificar una necesidad como derecho, pero es en la política donde es posible la determinación precisa del tipo de necesidad a configurar, o si es un derecho ya declarado, el de su óptimo desarrollo.

35. La teoría externa de los derechos afirma que los derechos son limitables por los operadores jurídicos, y que su contenido se respalda en una norma, pero estas normas no son reglas que poseen un contenido totalmente dado; por ello la norma que garantiza el derecho es un principio. Por el contrario la teoría interna afirma que desde un inicio los derechos existen con contenido determinado y una posición jurídica que exceda dicho contenido no existe, por lo tanto la restricción o el desarrollo del derecho es imposible debido a su plena determinación. BOROWSKI, Martin, Op. Cit. La tesis que la Corte aborda corresponde a la teoría externa, pues ella, junto al legislador, están en la capacidad de fundamentar los derechos.

básicas insatisfechas[36]. Este núcleo esencial se fija teniendo en cuenta, en todo caso, como criterio auxiliar a aquellos que están marginados de los debates políticos y no pueden participar para que dichas políticas solucionen sus necesidades básicas, por que aunque no consideremos a los derechos sociales y al mínimo vital como derechos de participación exclusivamente, si aceptamos su importante papel en la configuración de la democracia.

Por último, afirma la Corte que si no existe una política pública mínima que proteja estos grupos, esto habilita automáticamente al juez para que intervenga, con lo cual construye la intervención judicial a través de la omisión legislativa, lo que parece tener mucho sentido frente a lo expresado por García Villegas respecto a la relación entre jueces capacitados y sistema político. Si el legislador o el actor competente en el sistema político son quienes tienen la obligación de intervenir y no lo hacen, la omisión comprobada respecto a un punto concreto de sus obligaciones autoriza a la defensa de los valores y derechos constitucionales en virtud del peligro que revista la omisión al provocar la ineficacia de los contenidos de la Carta Fundamental.

La última sentencia de esta sublínea corresponde a la SU-1150 de 2000[37]. Los hechos de esta sentencia giran en torno al problema del desplazamiento debido a la violencia indiscriminada en los campos de Colombia[38].

Esta sentencia de unificación pretende fijar criterios sobre el tema del desplazamiento en Colombia. Los motivos del fallo no se alejan de lo que la SU-225/98 y T-270/97 vienen afirmando, aunque en el fallo se registre un retroceso con lo logrado en 1998. La subregla afirma: en casos en los cuales se presente la violación masiva de cualquier clase de derechos, incluidos los de índole económica, social y cultural a un grupo de personas en condiciones de debilidad manifiesta, como son los desplazados; el juez constitucional debe disponer que las autoridades administrativas desplieguen toda su capacidad de gestión y las medidas que se encuentren bajo la órbita de su competencia en aras de lograr la articulación y eficacia de la normatividad y po-

36. Una mirada interesante sobre el concepto de necesidad básica, es aquella que expone Henry Shue, incluyendo el deber de seguridad frente al uso de la violencia por parte de otros actores diferentes al Estado. SHUE HENRY, Basic Rights, Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy, Princeton University Press, Princeton,1980, Pág. 20 y ss.
37. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
38. La Defensoría del Pueblo de Antioquia instaura acción de tutela a favor de un grupo de desplazados que se asentaron en predios de la Corporación de Ahorro y Vivienda Social de Medellín. Esta última pretende el desalojo de los desplazados, invocando su derecho de propiedad. Los desplazados piden la reubicación en condiciones de vida digna.

líticas públicas que contengan mandatos para dar solución a la lesión de los derechos del grupo de población afectada.

Sin embargo, esta sentencia es cautelosa con la utilización de las facultades que la violación del núcleo esencial del mínimo vital le atribuye, y prefiere que las entidades encargadas de la política de desplazamiento sean las que intervengan bajo la orden de la Corte. El fallo ordena al Presidente de la República que disponga de un albergue temporal a estas personas y que los incluya en las políticas sobre desplazamiento.

Con lo expresado por la sentencia SU-1150 se registra una involución con respecto a la actuación de los jueces frente a protección del mínimo vital. Pues sin duda la inclusión de los afectados no involucra necesariamente cesación de la vulneración de sus derechos fundamentales. El juez evade una actuación más decidida para cesar la vulneración de los derechos de un grupo cuya indefensión y precariedad no deja dudas.

Hasta aquí la línea jurisprudencial nos va mostrando que el derecho al mínimo vital posee límites que se desprenden de la aplicación de su concepto. Estas fronteras del derecho al mínimo vital están delimitadas por las acciones positivas que pueden desprenderse de ellos, así como de su núcleo básico. Estas limitaciones son: Todo derecho que no sea de contenido material, es decir los que protegen condiciones espirituales, sociales, no están comprendidos en el mínimo vital. Toda acción o prestación que no sea indispensable para la vida, en el marco del principio de dignidad humana. Esto implica bienes y servicios que superan la satisfacción de las necesidades básicas de la población.

Notas finales sobre el mínimo vital

Ensayaremos hasta aquí algunas conclusiones, que para nada son definitivas, pues el tema amerita una mayor extensión, ya que estos párrafos son sólo el marco conceptual que hemos definido con el objeto de entender el desarrollo del derecho al mínimo vital en nuestra jurisprudencia.

Los jueces constitucionales tienen el reto de mantener el orden y la coherencia del sistema, situación que sólo se logra a través de una amplia perspectiva jurídica, en donde se entienda que el papel del derecho desborda la clásica división de poderes. El derecho contemporáneo debe resolver conflictos entre los ciudadanos, entre poderes privados, entre poderes públicos y sus diferentes combinaciones. Esta circunstancia hace necesaria una teoría constitucional que permita la vigilancia de los excesos de dichos poderes en el entendido de un Estado Social y Democrático de Derecho.

El legislador deberá definir los caminos en los que ese Estado social se construye, si éste no lo hiciere la Corte podrá intervenir con fundamento en la teoría que sostiene que los tribunales deben afianzar y mantener los canales de cambio político en el sistema, pues existe una conexión innegable entre el Estado social y la democracia, sin el primero la democracia es una simple formalidad, pues la participación se ve seriamente restringida ante las necesidades apremiantes de los ciudadanos.

Si el legislador razonablemente no toma cartas sobre asuntos que interfieren en la construcción o utilización de los canales democráticos, como lo constituyen las condiciones mínimas de los ciudadanos, entonces la Corte puede actuar[39].

Los ciudadanos poseen un grupo de derechos que garantizan su accionar en la sociedad, si estos son atacados y el legislador no hace nada, la Corte esta en la obligación de tomar medidas conforme las acciones establecidas. Estos grupos de derechos lo constituyen los derechos a la seguridad personal y los derechos a la subsistencia, o seguridad económica mínima[40]. Estos derechos en nuestro ordenamiento se encuentran tanto en los fundamentales como en los constitucionales.

La Corte esta en la obligación de asegurar estos derechos. Estas garantías se gradúan conforme al grado de violaciones a ellos. Cuando la violación es tal que el individuo se encuentra en una posición de indefensión total o que el no reconocimiento del derecho impida el disfrute de otros derechos; la Corte podrá actuar con mayor poder. Pero cuando la violación del derecho no implique un detrimento en el disfrute de otros derechos, la Corte no podrá actuar con discrecionalidad, y deberá estudiar con mayor detalle la restricción de ese derecho.

Así las cosas, *los tribunales no violan el principio democrático si hacen efectiva la cláusula del Estado social.* Si el legislador omite actuar o si las condiciones de la vulneración no permiten que este actúe, y la Corte si lo puede hacer[41], pues ésta lo debe hacer.

Como idea regulativa del sistema, debe entenderse a la justicia constitucional en su función integradora. En esta sede confluyen diversos conflic-

39. Esta tesis la abordará la Corte, en la SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. El juez constitucional protegerá el núcleo esencial de los derechos sociales, aunque ello implique la intervención en asuntos que en principio le pertenecen al legislador.
40. Para Shue los derechos básicos constituyen barreras a las fuerzas políticas y económicas, SHUE, Henry, Op. Cit., pág. 18 y s.s.
41. Sobre las amenazas estándar, SHUE, Henry, Op. Cit., pág. 29 y s.s.

tos que requieren un diálogo permanente con las fuerzas de la sociedad. La Corte no puede adoptar una posición formalista, intentando dejar todo en manos del poder político del Legislador y del Gobierno, pues dejaría al sistema sin un árbitro en diferentes clases de conflictos.

Esto no quiere decir que la constitucionalización de todos los debates sea inevitable. Pero en un país en donde el legislador no responde a las demandas de la población este riesgo es inminente. Además la acomodación de un nuevo telos constitucional en donde lo constitucional asume nuevas y poderosas funciones, pues crea la apariencia de que todo es tramitado por la Corte, pero considero que este es un simple efecto ocasionado por un fenómeno de visibilidad política patrocinado por la influencia mediática. Si bien es cierto que nuestro Tribunal ha tenido excesos, por no generar una teoría de la autorestricción eficaz[42], esto no quiere decir que no haya actuado en muchas ocasiones conforme al nuevo *espíritu* constitucional.

42. Como ocurrió en EE.UU. ante el reto del New Deal, frente al desmedido activismo conservador de la Corte Suprema en asuntos que apremiaban un desarrollo político ante la grave crisis económica. WOLFE, Christopher, La transformación de la interpretación constitucional, Civitas, Madrid, 1991.

Una visión Panorámica del Recurso Constitucional de Amparo en Eslovenia, Hungría, Polonia y Rusia*

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Europea de Madrid. Doctor *Europeus* hispano-alemán en Derecho (UCM). Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid (España).

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ESLOVENIA. III. HUNGRÍA. IV. POLONIA. V. RUSIA.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la jurisdicción constitucional en los distintos países de la Europa occidental está bastante estudiado en la literatura jurídica en castellano en contraste con lo que ocurre con su desarrollo reciente en los países de la Europa Central y del Este, lo cual, por otro lado, tiene una fácil explicación y es que, por razones varias, es lógico que sea, dentro de Europa occidental, sobre todo la doctrina de los países más próximos quienes se dediquen a su estudio, centrándonos más en España, por muchas razones, en la no menos rica ni interesante experiencia latinoamericana, que sin embargo sigue estando insuficientemente tratada entre nosotros, con importantes excepciones.

Sin embargo, pese a que en ocasiones se han hecho referencias abundantes a la justicia constitucional en los países de la Europa del Este en algunas obras recientes, falta un análisis jurídico-constitucional específico sobre el recurso constitucional de amparo o queja constitucional en todos estos países, hasta donde conocemos, y esta es precisamente la modesta finalidad del presente estudio: la de presentar un amplio panorama del amparo en la Europa oriental[1], con una exposición de los aspectos más importantes de su regulación, siempre sobre la base de la traducción oficial al inglés o al alemán

* Este trabajo reproduce parte del estudio originariamente publicado en la *Revista de Estudios Políticos*, núm. 128, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, abril-junio 2005, pp. 193-220. Agradecemos al Juez constitucional, Dr. Landa, su interés por la publicación de este trabajo en esta Revista.

1. No se hará referencia aquí a Albania, pues, si bien su Constitución prevé un amparo, tiene un objeto muy delimitado para la protección del derecho al proceso debido y siempre que antes se agoten otros medios legales de protección que

de sus correspondientes Constituciones y Leyes de la jurisdicción constitucional. También se ha manejado, limitadamente, alguna jurisprudencia relativa a aspectos procesal-constitucionales en los respectivos ordenamientos nacionales.

II. ESLOVENIA

También el TC esloveno, establecido ya desde 1963 durante el gobierno comunista con tal denominación pero operativo como verdadero tribunal constitucional sólo a partir de la Constitución de 1991, tiene competencia para conocer de las quejas constitucionales por violación de derechos humanos y fundamentales (artículo 160, 1 de la Constitución) por actos particulares. El círculo de derechos protegidos es muy amplio, comprendiendo a todos los constitucionalmente garantizados y también a los derivados de convenios internacionales ratificados por Eslovenia.

La *legitimación* activa se otorga a cualquier persona, física o jurídica, que, en los términos establecidos por la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), plantee un recurso constitucional de amparo ante el TC si cree que sus derechos humanos y libertades fundamentales han sido violados (art. 50 LTC). Además se prevé que el *Ombudsman* de derechos humanos pueda plantear, en los términos establecidos por la ley (especialmente, con consentimiento del titular del derecho), un recurso constitucional ante el TC respecto a un asunto particular que está discutiendo (art. 50 LTC), estableciendo el art. 52 que: «El *Ombudsman* de derechos humanos planteará un recurso constitucional con el acuerdo de la persona cuyos derechos humanos o libertades fundamentales están siendo protegidos en un asunto particular».

En cuanto al objeto, ha de decirse que pueden impugnarse no sólo actos administrativos, sino también decisiones judiciales y actuaciones de los poderes públicos: se puede impugnar «un acto particular de un órgano estatal, de un órgano de la comunidad local o de una autoridad legislativa» (art. 50 LTC), que son quienes están *legitimados* pasivamente, por tanto.

La *demanda* ha de ser escrita y ha de ir acompañada de una copia del acto particular que es objeto del recurso de amparo y de todos los documentos en que se basa el recurso, debiendo indicarse en la misma el acto particular que se impugna y los hechos en que se basa la violación alegada de los

puedan existir (art. 131, i de la Constitución). Tampoco se estudiará aquí el caso de Serbia y Montenegro (la antigua Yugoslavia), dado el momento transicional por el que atraviesa este país. Sobre Chequia, Croacia, Eslovaquia, y Macedonia, véase el trabajo citado más arriba, publicado en la Revista de Estudios Políticos.

derechos humanos y libertades fundamentales y en qué consiste esa vulneración de los derechos.

Aunque la *regla general* es la de *la subsidiariedad* de este mecanismo procesal constitucional, de manera que sólo cabe plantear una queja o recurso constitucional de amparo una vez que todos los recursos legales hayan sido agotados, *«excepcionalmente»* el TC puede resolver un recurso constitucional si es probable una violación de un derecho fundamental y si la ejecución de un acto particular daría lugar a ciertas consecuencias irreparables para el recurrente en amparo (art. 51 LTC). Como dice el TC en su Sentencia de 25 de abril de 1995, en los casos en que se prevé protección judicial, se puede plantear un amparo contra una sentencia de segunda instancia jurídicamente vinculante contra la cual se han utilizado correctamente todos los medios legales extraordinarios pero, en cambio, contra una sentencia de un tribunal de primera instancia contra la que no se ha planteado siquiera un recurso legal regular no cabe amparo. Para que el TC haga uso de su facultad excepcional han de cumplirse los requisitos de obviedad de la lesión del derecho humano o libertad fundamental y probabilidad de un daño irreparable al recurrente.

En cuanto al *plazo* de ejercicio del recurso, la regla general es la existencia de un plazo de sesenta días posteriores al de la aprobación de un acto particular contra el cual se permita el amparo, pero si el amparo se plantea fuera de ese plazo no puede tampoco descartarse de plano que el TC llegue a conocer del mismo, pues la propia LTC prevé un conocimiento extraordinario del TC en algunos de esos casos: en concreto, aunque se supere el plazo mencionado, el TC podrá conocer «excepcionalmente» del recurso constitucional de amparo en casos «especialmente fundados»; esto es, han de aportarse buenas razones para ello, pero si se aportan, es posible ese conocimiento de un amparo a priori extemporáneo (admisibilidad excepcional de amparos extemporáneos).

La *decisión sobre la admisión* o no del amparo constitucional corresponde a una sala de tres jueces en una sesión cerrada al público, debiendo adoptarse la decisión correspondiente por unanimidad y no siendo recurrible la misma, si bien cabe su aceptación ulterior si, dentro de los 15 días siguientes a la decisión de inadmisión por la Sala, así lo acuerdan tres jueces del TC por escrito. Si el TC aprecia que la demanda es incompleta y no puede ser examinada por no contener los datos o documentos exigidos por el artículo 53 LTC, el TC requerirá al recurrente para subsanar esos defectos dentro de un específico plazo límite (art. 54 LTC), pero si no se subsana, será inadmitido (cfr. la Sentencia del TC de 15 de marzo de 1995).

Son *causas* para no incoar el procedimiento:

a) La extemporaneidad, en los términos vistos.

b) La existencia de recursos legales no utilizados, sin perjuicio de la facultad excepcional ya mencionada.

c) El planteamiento del amparo por quien no estaba autorizado a ello.

d) No subsanación de los defectos advertidos dentro de plazo conforme al art. 54 LTC.

Son causas de inadmisión:

a) Inexistencia de alguna prueba evidente de una violación de derechos humanos y libertades fundamentales.

b) Cuando la decisión no proporcionaría una solución a una cuestión jurídica importante y si la violación de derechos humanos o libertades fundamentales no tuvo consecuencias importantes para el recurrente.

Aunque, en principio, si el acto particular supuestamente lesivo del derecho humano o libertad fundamental *ya ha dejado de producir efectos*, el TC no decidirá al respecto, ello no es así si hay un interés jurídico especial que así lo justifique, como ocurre siempre, por ejemplo, según estableció el TC en su sentencia de 3 de julio de 2003, con relación al derecho a la libertad personal, dada su importancia central (sentencia de 11 de diciembre de 2003).

Si el amparo se admite a trámite, se remitirá una copia al órgano que dictó el acto particular impugnado para que conteste dentro de un plazo determinado a las alegaciones planteadas. El amparo será *discutido por el TC*, incluso en una audiencia pública en algunos casos.

Tanto la Sala como el Pleno *puede suspender la aplicación del acto particular impugnado*, e incluso de una determinada ley o de otra regulación o norma general para el ejercicio de poder público en que se basara el acto individual, si se considera que esa aplicación causaría un daño irreparable, pero la jurisprudencia constitucional ha precisado que, en todo caso, el TC no puede decidir sobre una solicitud de dictar medidas cautelares si el amparo no ha sido admitido (Sentencia de 28 de febrero de 1995). Y en todo caso, la suspensión de una norma general ha de ser una excepción, especialmente tratándose de normas parlamentarias.

Una vez presentada la demanda, se dará traslado de la misma al órgano que dictó el acto que se impugna para que la conteste en plazo. El TC resolverá, en algunos casos, celebrando antes una audiencia pública.

Una vez admitido y tramitado el amparo, el TC *dictará sentenci*a. El TC no entra a valorar, en ningún caso, en su sentencia, la corrección de la aplicación del Derecho legal por los tribunales ordinarios ni la valoración de la

prueba salvo en casos límite de arbitrariedad por basarse en un error absoluto y carecer de todo fundamento (Sentencias de 26 de febrero de 1998, 16 de noviembre de 2000 y de 8 de marzo de 2001). En la sentencia, el TC decidirá si el amparo era infundado o no; en la segunda hipótesis, aceptará el recurso de amparo y abrogará o anulará, total o parcialmente y con efecto retroactivo o sólo prospectivo, el acto impugnado, devolviendo el asunto al órgano competente. Pero el TC también puede anular, retroactiva o prospectivamente y total o parcialmente, e incluso de oficio, un *acto o regulación general* si considera el Tribunal que el acto individual anulado se basó en una regulación o acto general dictados para el ejercicio de poder público que resultan ser inconstitucionales (art. 59, 2 LTC).

En la hipótesis de *anulación retroactiva de un acto individual*, el TC puede también adoptar una decisión sobre un derecho o libertad contrapuesto si tal proceder es necesario a fin de anular las consecuencias que ya han tenido lugar sobre la base del acto individual anulado, o si tal es la naturaleza del derecho o libertad constitucional y puede adoptarse una decisión al respecto sobre la base de la información obrante en la causa (art. 60 LTC), correspondiendo su cumplimiento al órgano competente para dictar el acto particular que fue anulado por el TC y sustituido por su decisión (o al órgano que el TC designe, si no hay ninguno con competencias conforme a la regulación vigente). Ello ha dado lugar a cierta polémica sobre si con ello el TC no estaría invadiendo la esfera de la jurisdicción ordinaria y situándose más en particular por encima del Tribunal Supremo, pero hoy esta solución parece aceptada a la vista de que la jurisprudencia constitucional no ha ido más allá del examen jurídico-constitucional.

Además, y por otro lado, hay que decir que algún magistrado ha propuesto, en un voto particular, que en determinados casos, por analogía con el procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el TC pueda acordar una justa satisfacción material para el recurrente en lugar de anular una sentencia de los tribunales ordinarios.

III. HUNGRÍA

La Constitución húngara prevé, tras la «reforma» constitucional de octubre de 1989 y a iniciativa del gobierno comunista leninista (ante la suspicacia inicial de la oposición), la instauración de un Tribunal Constitucional para conocer de la constitucionalidad de las leyes y de las competencias que se le atribuyeran por ley. Este Tribunal, que no forma parte del Poder Judicial, empezó a funcionar de hecho el 1 de enero de 1990 y, aunque la Constitución preveía que su sede estaría en Esztergom, lo cierto es que, al no darse

desde el principio las condiciones apropiadas para ello (según parece), desde el principio ha funcionado en Budapest. Ha sido un tribunal extraordinariamente activo y, ante la sorpresa de todas las fuerzas políticas (que no sabían muy bien qué era un tribunal constitucional cuando lo consagraron en la Constitución), ha tenido una actividad enorme, con una copiosísima jurisprudencia que se extendió a prácticamente cada aspecto de la transición a la democracia de Hungría y así, en 1996, la media era que el Tribunal había anulado una de cada tres leyes aprobadas en el Parlamento y ha anulado leyes aprobadas tanto por los partidos de tendencia más derechista como por los más izquierdistas o, por ejemplo, ha declarado inconstitucional la pena de muerte, en contra de la mayoría de la opinión pública y probablemente también de los parlamentarios. No obstante, en 1998 fueron renovados casi al mismo tiempo todos los magistrados y,o lo desde entonces, en parte por la nueva composición y en parte también por el contexto político (Hungría como democracia y Estado de Derecho consolidado), el TC, bajo la presidencia de János Nemeth, ha tenido una deferencia mucho mayor hacia el Gobierno y el Parlamento, perdiendo al mismo tiempo cierto prestigio entre los juristas por achacársele cierto déficit argumentativo, pero no entre la opinión pública, para la que parece conservar todo el gran prestigio adquirido durante los años 90 bajo la presidencia de László Sólyom, quien en algún voto particular había llegado a hablar de la «Constitución invisible» que el TC había construido. Lo cierto es, en todo caso, que el TC, en especial por medio de la legitimación popular, llegó a tener intervenciones que, al menos en circunstancias normales, superan el ámbito en que un TC puede actuar legítimamente en una democracia.

La Ley XXXII/1989, de 19 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional (LTC, en adelante), asigna a éste, entre otras, la competencia para conocer de los recursos constitucionales planteados por violación de derechos garantizados por la Constitución (artículo 1,d), si bien el conocimiento de tales recursos no se atribuye al pleno (once magistrados), sino a una Sala de tres magistrados (art. 31). Este recurso de amparo, en realidad, es un mecanismo procesal individual por medio del cual el individuo afectado por una ley puede instar su control de constitucionalidad, sin que el Tribunal pueda ir más allá de la revisión judicial de la ley en cuestión, y en particular sin que el juicio del TC pueda extenderse a la actuación u omisión de la Administración o de los jueces para alterarla o anularla, más allá de prohibirles, con efecto retroactivo, en el caso del recurrente, aplicar la ley que se considere inconstitucional. De ahí que algunos autores consideren que este amparo tiene una naturaleza mixta: amparo/control normativo concreto de la constitucionalidad.

Aunque con la Ley en la mano, sólo cabe plantear el amparo contra normas jurídicas (leyes lato sensu), parece que la práctica constante del TC lo permite también respecto de otros «instrumentos jurídicos de administración pública».

La *legitimación activa* para plantear este recurso constitucional de amparo corresponde a cualquier persona (incluidas las personas jurídicas), pero siempre que se den los siguientes presupuestos:

a) Esa persona ha de considerar y alegar que sus derechos constitucionales han sido violados;

b) La lesión de su derecho ha de ser consecuencia de la aplicación en el caso concreto de una norma jurídica inconstitucional;

c) Han de haberse agotado todos los otros posibles medios legales o, en otro caso, no debe haber otros medios jurídicos disponibles;

d) El plazo para plantear el recurso es el de sesenta días siguientes a haberse pronunciado la resolución no recurrible (art. 48).

La *demanda* ha de presentarse por escrito, señalando las normas jurídicas impugnadas y los preceptos constitucionales que se juzgan inconstitucionales, y solicitando expresamente la nulidad de las normas impugnadas, así como es aconsejable expresar si se pide que se prohíba retroactivamente aplicar la norma en el caso que da lugar al amparo. Las partes no tienen ninguna intervención ante el TC; no hay, como regla general, audiencias públicas; en consecuencia, los letrados deben exponer sus argumentos por escrito.

Una vez admitida la demanda, por cumplir todos los requisitos formales para ello, el TC dicta una sentencia, en la que el Tribunal no revisa los hechos, ni los puede calificar de otro modo, aunque obviamente tiene que examinarlos para resolver el caso ante él planteado. Y en caso de que el Tribunal *declare la inconstitucionalidad de la norma jurídica* o de cualesquiera otros «medios jurídicos de administración pública», ello conlleva su anulación (art. 40), debiendo publicarse su resolución anulatoria en el *Magyar Közlöny* (Boletín Oficial del Estado) o en el boletín oficial en el que el acto administrativo fue primeramente promulgado (art. 41). La norma jurídica o el precepto anulados dejan de producir efectos y el acto administrativo se considera como revocado en el día de la publicación de la resolución. En el caso de que la norma jurídica declarada inconstitucional hubiera sido promulgada, pero todavía no hubiera entrado en vigor, quedará sin vigencia (art. 42 LTC).

En cuanto a los efectos de las sentencias en el tiempo, la regla general es que la norma jurídica o el acto administrativo no pueden aplicarse desde la fecha de la publicación de la resolución correspondiente en el Boletín Oficial (art. 43, 1), sin que ello pueda afectar a las relaciones jurídicas originadas antes

de que la resolución fuera publicada ni a los derechos y obligaciones derivadas de ello (art. 43, 2). Pero esta regla encuentra una excepción, en todo caso, conforme a exigencias que derivan ya del Derecho internacional, en las hipótesis en que el Tribunal Constitucional ha de ordenar la revisión de los procesos penales concluidos con una sentencia no recurrible y que se hubieran basado en una norma jurídica o un acto administrativo que luego resultaren inconstitucionales siempre y cuando el condenado no hubiera sido eximido de todas las consecuencias adversas y la nulidad del precepto aplicado en el proceso llevaría a la reducción o suspensión de la medida o a la exención o limitación de la responsabilidad (art. 43, 3). Y otra excepción, pero ya de carácter general, aunque no preceptiva, es la que se deriva de la facultad otorgada al TC para separarse de la regla general de la inefectividad de la norma jurídica o acto administrativo desde la fecha de la publicación de la resolución del TC, pudiendo establecer un momento distinto a partir del cual la norma jurídica «deviene inefectiva» o respecto de su aplicabilidad en un concreto caso. Esta facultad del Tribunal es discrecional, pero no absolutamente libre, pues la Ley le fija un elemento reglado: la fijación de ese «dies a quo» específico tiene que estar justificada por el interés en la certeza jurídica o por un interés particularmente importante de la entidad que inició el proceso (art. 43, 4); en la práctica, cuando el Tribunal ha hecho uso de esta facultad, sólo excepcionalmente ha sido para fijar una eficacia retroactiva (respecto de normas que no han dado lugar a situaciones jurídicas amparadas por ellas o normas groseramente inconstitucionales y con un círculo estrecho de destinatarios) y por lo general ha fijado una eficacia prospectiva. Si la norma se declara inconstitucional, el Tribunal debe ponderar si un «interés especialmente importante» del solicitante de amparo justifica una prohibición de aplicarle dicha norma. Una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1952 permite desde 1999 que los demandantes de amparo soliciten un nuevo juicio por los tribunales ordinarios siempre que, sobre la base del recurso de amparo, el TC declare la inconstitucionalidad de la aplicación en el caso de que se trate de la ley impugnada con carácter retroactivo.

Los *condicionantes procesales y la delimitación tan estricta del ámbito material del amparo* hacen que las demandas de amparo no representen más que un porcentaje de un 1% respecto de los asuntos que ingresan en el Tribunal (157 en el período 1990-2000, mientras que, en el mismo período, tuvieron entrada 4.954 asuntos de control normativo a *posteriori* de la constitucionalidad, respecto del que rige una verdadera legitimación popular). Hay, por ello, un amplio acuerdo en la doctrina y en el seno del propio TC sobre la necesidad de reformar la regulación del amparo, en especial para extenderlo al control de actos individuales sin naturaleza normativa, algo que el propio

TC intentó inicialmente por vía jurisprudencial, pero encontró un fuerte rechazo ante la falta de toda base legal, lo que a la postre impidió seguir esa vía.

IV. POLONIA

El artículo 79 de la Constitución polaca establece que, de acuerdo con los principios especificados por ley, todos aquellos cuyos derechos o libertades hayan sido conculcados tendrán el derecho de apelar al Tribunal Constitucional para su enjuiciamiento de la conformidad con la Constitución de una ley u otro acto normativo sobre cuya base un tribunal u órgano de administración pública haya adoptado una decisión final sobre sus derechos o libertades o sobre sus obligaciones tal y como aparezcan especificados en la Constitución, con exclusión de los derechos del artículo 56 (asilo y refugio). Y el artículo 188, 5 de la Constitución atribuye al TC, compuesto de 15 jueces, la competencia para conocer de estos recursos constitucionales de amparo. El artículo 197 de la Constitución remite a la ley la regulación de la organización y modo de proceder del TC.

Se trata, por tanto, de *un control normativo que no se extiende a la aplicación de las leyes* (cfr. resolución procesal de inadmisión de 16 de enero de 2002), es un «amparo contra leyes», debiendo probar el demandante de amparo que la norma cuya inconstitucionalidad se afirma fue la fuente de la conculcación de sus derechos que también afirma, de manera que la eliminación de esa regulación normativa es un presupuesto para restaurar un estado de conformidad con la Constitución en un caso concreto que le afecta; y por este motivo se inadmite un amparo dirigido contra una omisión legislativa (resolución procesal de inadmisión de 13 de octubre de 2004)

La *legitimación activa* corresponde a cualquier persona (arts. 79 y 191, 6 de la Constitución), probablemente también a las uniones de varias personas (sindicatos, asociaciones). El *Ombudsman* o Comisionado para la Protección de los Derechos Civiles también puede plantear un amparo, si bien no está claro si viene luego obligado a intervenir en esos amparos; y en todo caso, puede intervenir en todos los amparos, siendo la práctica hasta ahora la de que interviene en aquellos casos en que quiere avalar una posición que no le suscita dudas.

El plazo para interponer el amparo es de 3 meses.

Rige el *principio de subsidiariedad*, si bien hay dudas sobre su exacto alcance (por ejemplo, si es preciso, en el caso de un acto administrativo, agotar la vía administrativa o incluso es necesario agotar la vía contenciosa de revisión del acto administrativo).

La demanda de amparo incluirá específicamente:

a) Una precisa identificación de la ley u otro acto normativo sobre cuya base un tribunal u otro órgano de administración pública ha adoptado una decisión última respecto de derechos o libertades u obligaciones determinados en la Constitución y que es impugnado por el solicitante de amparo.

b) Indicación de qué derechos y libertades constitucionales han sido conculcados según el demandante de amparo y la forma en que lo han sido, sin que sea admisible una designación totalmente genérica e indeterminada, pues ha de permitir llevar a cabo el enjuiciamiento sobre derechos y preceptos específicos (cfr. resolución procesal de inadmisión de 16 de enero de 2002).

c) Fundamentos de la demanda, incluyendo la precisa descripción de los hechos del caso.

Se *adjuntará a la demanda* la sentencia, orden u otra resolución que se hayan dictado sobre la base del acto normativo que se impugna, con una indicación de la fecha de haberse pronunciado, según dispone el artículo 47 de la Ley del Tribunal Constitucional (en adelante, LTC).

La toma en consideración del amparo por el TC se llevará a cabo sobre la base de los principios y de acuerdo con el procedimiento previsto para el control normativo de la constitucionalidad de las leyes y del control de la constitucionalidad y la legalidad de otros actos normativos. De este modo, una vez presentado el amparo, quedará sujeto a examen preliminar por un juez constitucional designado por el Presidente del TC (arts. 49 y 36 LTC).

Se permite la *subsanación de los defectos formales* apreciados en el plazo de siete días desde su notificación, pero si no se subsanan en plazo o, en todo caso, si la demanda carece evidentemente de fundamento, el amparo ha de ser inadmitido por el juez, si bien esta decisión puede dar lugar a un recurso de queja ante el Tribunal en el plazo de siete días desde su notificación.

El TC puede dictar una resolución preliminar *de suspender o detener la ejecución de la sentencia* en el caso al que se refiere el solicitante de amparo si la ejecución de aquella, o de la decisión o de otra resolución podría llevar a consecuencias irreversibles vinculadas a un gran perjuicio para la persona solicitante de amparo o cuando habla a favor de ello un interés público vital u otro interés vital de la persona demandante de amparo. Esta decisión preliminar se entregará a continuación a la persona solicitante de amparo y al correspondiente órgano judicial o de ejecución; pero el TC la modificará si cesan las razones que hubo para adoptarla (art. 50 LTC).

Serán *parte* en el proceso de amparo:

a) La persona solicitante de amparo.

b) El órgano que promulgó el acto normativo impugnado.

c) El Fiscal General del Estado.

d) El Comisionado de Derechos del Ciudadano, cuando notifique su participación en plazo.

El *TC informará al Comisionado para la Protección de los Derechos del Ciudadano* sobre la incoación de actuaciones judiciales (arts. 51 y 33 LTC), pudiendo éste notificar su participación en los autos dentro del plazo de sesenta días desde la recepción de la información mencionada.

El conocimiento del amparo corresponderá a una Sala de tres o cinco magistrados dependiendo del rango normativo del precepto legal cuestionado, pudiendo conocer incluso del mismo el Pleno del TC en casos especialmente complicados. La audiencia pública tendrá lugar, en su caso, con independencia de que las partes en el proceso comparezcan o dejen de hacerlo.

El TC se pronuncia sobre la conformidad a la Constitución de la norma cuestionada, por lo que los efectos de la sentencia serán los mismos que los propios de un control normativo abstracto a *posteriori* (esto es, eficacia *erga omnes* en cuanto a las disposiciones legales anuladas), pero ello no conlleva la anulación de la decisión o acto que se basó en la norma que se anula, sino que se permite al solicitante de amparo y a las restantes personas a las que se aplicó la norma declarada inconstitucional pedir la continuación de las actuaciones, siendo la única facultad exclusiva del demandante de amparo la de solicitar que se dicte un auto de medidas cautelares suspendiendo la ejecución de la decisión contra la que se planteó el amparo, pero sin que la estimación del amparo conlleve una estimación de sus pretensiones en las instancias inferiores.

V. RUSIA

El artículo 125, 4 de la Constitución rusa atribuye al TC de la Federación de Rusia la competencia para conocer de los recursos presentados por violación de los derechos y libertades de los ciudadanos, según el procedimiento establecido por ley federal. Esta previsión constitucional ha sido desarrollada por medio de la Ley Constitucional Federal sobre el TC de la Federación Rusa (en adelante, LTC), de 12 de julio de 1994.

El TC se ha referido muchas veces en sus decisiones, en las que tiene un peso específico muy considerable la *normativa internacional* sobre derechos humanos, a la protección de los derechos a un juicio justo, a protección contra una acusación y frente a errores judiciales, el derecho de voto, el derecho de huelga, de seguridad social de la tercera edad, libertad de movimientos dentro del país y de salida del país, el derecho a doble nacionalidad, a protección

contra desastres ecológicos, inviolabilidad del individuo, propiedad privada y herencia, etc.

La *legitimación activa* para plantear el amparo constitucional corresponde a los ciudadanos, rusos o extranjeros (Sentencia de 17 de febrero de 1998), cuyos derechos y libertades hayan sido supuestamente violados por la ley que les ha sido aplicada o debe serles aplicada en un caso específico, y a las asociaciones de ciudadanos (incluyendo a las sociedades mercantiles o los sindicatos: Sentencias de 24 de octubre de 1996 y de 17 de mayo de 1995), así como a otros órganos y personas cuando así lo prevea el Derecho federal, que lo prevén respecto del Fiscal General de la Federación o el *Ombudsman* federal las leyes federales que respectivamente los regulan, pero puede extenderse a otros supuestos al remitirse la Constitución a la ley, según la Sentencia de 24 de octubre de 1996.

Es especialmente importante destacar desde el primer momento, en cuanto al *objeto del amparo ruso*, que éste es *sólo* un *amparo contra leyes* (lesivas de derechos fundamentales), un control normativo concreto de la constitucionalidad de las leyes instado por el afectado por la supuesta inconstitucionalidad. Como lo ha dicho con meridiana claridad el propio TC en una de sus primeras sentencias: «El Tribunal Constitucional de la Federación Rusa no examina resoluciones judiciales. Un ciudadano tiene derecho de petición al Tribunal Constitucional de la Federación Rusa solo si supone que hay una falta de certeza sobre la cuestión de si la ley que afecta a sus derechos es o no conforme con la Constitución de la Federación Rusa» (Sentencia de 25 de abril de 1995). Ello es una limitación importante, que contrasta con la situación anterior a la reforma de 1993 (1991-1993), al excluirse del amparo no sólo la aplicación del Derecho, sino también incluso la constitucionalidad de todo el Derecho infralegal (reglamentos, instrucciones, circulares, etc), que es donde se vulneran más los derechos fundamentales en la práctica, según la experiencia muestra, sin que la protección que pueden brindar al respecto los tribunales ordinarios sea justificación suficiente, pues esos tribunales están fuertemente lastrados por la rutina de largos años en que su labor era completamente ajena y hasta contraria a los derechos humanos y que no están nada familiarizados, desde luego, con su observancia y respeto ni con las peculiaridades de la hermenéutica constitucional, en especial la relativa a los derechos fundamentales.

También es una disposición relevante en cuanto al objeto del amparo, la previsión legal de que cuando, al plantearse el amparo o una vez ya interpuesto, la ley cuya constitucionalidad se enjuicia esté derogada o deje de estar vigente, la tramitación procesal del amparo «puede» cesar, salvo cuando la aplicación de la ley haya lesionado ya derechos o libertades de los ciudadanos (art. 43, in fine LTC).

La *demanda* ha de ser escrita e ir firmada por una persona autorizada, debiendo indicar:

a) El TC de la Federación de Rusia como el órgano al que se dirige.

b) El nombre completo del solicitante de amparo, su dirección y otros datos.

c) Datos necesarios sobre el representante del demandante de amparo y sus poderes.

d) La designación y dirección del órgano estatal al que se supone autor de la lesión combatida.

e) Los preceptos de la Constitución y la LTC que legitiman para plantear el amparo.

f) La precisa denominación, número, fecha de aprobación, fuente de publicación y otros datos sobre el acto a enjuiciar.

g) Las específicas razones previstas por la LTC para la toma en consideración.

h) La posición del solicitante en amparo respecto de la cuestión planteada y su sustanciación jurídica con referencia a las disposiciones relevantes de la Constitución.

i) *El petitum.*

j) La lista de documentos adjuntos a la demanda.

A la demanda han de *adjuntarse los siguientes documentos* de manera anexa:

- El texto del acto a enjuiciar.

- Copia del documento oficial que acredite la aplicación o posibilidad de aplicación de la ley combatida para la decisión del específico caso, debiendo proporcionar esta copia del documento mencionado el funcionario u órgano que conoció del caso, a solicitud del demandante de amparo (sentencia, resolución de admisión o inadmisión, etc).

- El poder de procurador u otro documento que acredite los poderes del representante y copias de los documentos que acrediten el derecho de una persona a actuar como representante ante el TC ruso.

- El documento acreditativo del pago de la tasa estatal.

- La traducción al ruso de todos los documentos y otros materiales escritos en otra lengua diferente.

De la demanda y estos documentos habrán de aportarse tres copias.

El artículo 40 LTC prevé un *proceso preliminar* de admisión por el Secretario General del TC, quien puede rechazar la tramitación del amparo

cuando el asunto sometido evidentemente caiga fuera de la jurisdicción del TC; cuando no reúna los requisitos formales que la LTC le impone; cuando haya sido interpuesto por una persona u órgano no legitimado; o cuando no se haya pagado la tasa estatal correspondiente. El Secretario General ha de notificar esta decisión al demandante de amparo, quien, a su vez, puede exigir que el TC adopte una decisión al respecto o bien subsanar los defectos consistentes en defectos formales o relativos a la legitimación y volver a plantear su demanda. Cuando el motivo de inadmisión sea que el asunto no cae evidentemente dentro de la jurisdicción del TC, el Secretario General puede remitir el asunto a los órganos u organizaciones estatales que sean competentes.

El Presidente del TC repartirá entre los magistrados los asuntos *para revisión preliminar*, que ha de producirse en el plazo máximo de dos meses desde la entrada de la demanda. Esta revisión preliminar por el Juez (Jueces) será una fase obligatoria de la tramitación ante el TC y su resultado será hecho saber al Pleno del TC (art. 41 LTC), quien adoptará la correspondiente decisión en el plazo máximo de un mes tras haber completado la revisión preliminar por el Juez (Jueces), debiendo notificarse la misma a las partes. En los casos de urgencia, el TC puede proponer a los órganos y funcionarios correspondientes que suspendan el acto combatido hasta que el TC haya terminado de examinar la admisibilidad del caso (art. 42 LTC). El TC rechazará la demanda preliminarmente cuando: a) la resolución de la cuestión planteada caiga fuera de la jurisdicción del TC ruso; b) la petición sea inadmisible conforme a la LTC; c) el TC ha pronunciado una decisión sobre el objeto de la demanda de amparo que está vigente. El demandante de amparo puede retirar su demanda antes de que comience la toma de consideración del caso en la sesión correspondiente del TC, con archivo de la causa (art. 44 LTC).

Conforme al artículo 97 LTC, un amparo sólo es admisible si, en primer lugar, la ley impugnada *afecta a los derechos y libertades constitucionales* de los ciudadanos y si, en segundo lugar, esa ley ha sido aplicada o debe ser aplicada al caso en cuestión, cuyo conocimiento se ha iniciado o completado ante el tribunal u órgano de que se trate, con aplicación de dicha ley. Según la Sentencia de 25 de abril de 1995, el TC controla si existe indeterminación respecto de la conformidad a la Constitución de la ley impugnada y si las referencias a los correspondientes artículos de la Constitución son arbitrarias o insensuadas, con un gran margen de discrecionalidad al respecto. Incluso, el TC ha entendido que si se impugna una ley en su conjunto, pero sólo se han aplicado o se deben aplicar al caso concreto determinadas disposiciones de la misma, el examen por el TC ha de limitarse a las mismas (Sentencia de 17 de mayo de 1995).

Si el TC toma en consideración el amparo y lo admite a trámite, lo notifica al tribunal u otro órgano que conoce del caso en que la ley combatida fue aplicada o debe ser aplicada, sin que ello conlleve la suspensión de la tramitación del caso necesariamente, aunque ese tribunal u otro órgano que conoce del caso puede acordar la suspensión hasta que el TC pronuncie la correspondiente resolución (según su grado de convencimiento de la inconstitucionalidad de la norma, el interés de cada parte en que continúe o no el procedimiento, etc).

Los llamados *«límites de verificación»* por el TC a la hora de enjuiciar la conformidad de la ley con los derechos y libertades de los ciudadanos consisten en que el TC podrá atender a:

a) La sustancia de las normas.

b) La forma de la promulgación, el convenio o el tratado.

c) El procedimiento para su firma, conclusión, adopción, promulgación o entrada en vigor.

d) Perspectiva de la separación del poder estatal en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial tal y como lo prevé la Constitución.

e) Perspectiva de la delimitación de competencias entre los órganos federales del Gobierno central tal y como está prevista por la Constitución.

f) Perspectiva de la delimitación de jurisdicción y poderes entre los órganos del Gobierno estatal de la Federación rusa y los órganos del Gobierno estatal de las entidades constituyentes de la Federación Rusa como se halla prevista por la Constitución, el Tratado de la Federación y otros convenios sobre la delimitación de jurisdicción y poderes.

Cuando se trate de normas preconstitucionales, los límites de verificación por parte del TC son mayores, pues se han de limitar, como es natural, a la sustancia de las normas, y no pueden extenderse a la forma de su promulgación.

En todo caso, el TC no está vinculado por las razones y argumentos de las partes a la hora de enjuiciar la constitucionalidad (art. 74 LTC).

Enjuiciada la constitucionalidad de la ley con esta perspectiva y con estos parámetros, el artículo 100 de la Constitución establece que el TC puede dictar una de las siguientes *sentencias*:

1.- Reconocimiento de la conformidad de la ley o algunos de sus concretos preceptos con la Constitución federal.

2.- Reconocimiento de la no conformidad de la ley, o algunos de sus específicos preceptos con la Constitución de la Federación Rusa.

Si el TC *declara la incompatibilidad* con la Constitución de la ley aplicada en el caso específico, el caso en cualquier hipótesis estará sujeto a la revisión por el órgano competente de acuerdo con el procedimiento regular; y los costes soportados por los ciudadanos y sus asociaciones serán reembolsados de acuerdo con el procedimiento ordinario (art. 100 LTC).

Conforme al artículo 87 LTC, además, la declaración de inconstitucionalidad será fundamento para la anulación *conforme al procedimiento correspondiente* de otras disposiciones legales basadas en la disposición legal declarada inconstitucional o que reproducen o contienen las disposiciones declaradas inconstitucionales; éstas no pueden ser aplicadas por los tribunales, otros órganos y funcionarios. Así pues, mientras para los recurrentes la Sentencia estimatoria conlleva la inaplicación automática de la norma declarada inconstitucional, en el caso de los otros ciudadanos debe instarse la correspondiente revisión por los cauces procesales oportunos, si bien los tribunales y órganos administrativos no podrán aplicarla más en el futuro.

Por otro lado, y para terminar, debe decirse que la efectiva aplicación de las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas por el TC ha sido un problema de primer orden, en especial frente a las regiones, dando lugar a una polémica reforma legal de la materia dirigida a promover la aplicación y observancia efectivas de las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas por el TC, que con toda frecuencia seguían siendo aplicadas en tanto no fueran derogadas por su mismo autor, como si la declaración de inconstitucionalidad no tuviera operatividad directa *ex constitutione*.

«Modelos» de justicia constitucional y defensa de los derechos. Un ensayo preliminar para una nueva clasificación[1]

Silvia Bagni
Doctora en Derecho por la Universidad de Boloña. Profesora investigadora adscrita al Departamento de Derecho Público comparado de la misma universidad

SUMARIO: I.-Premisas metodológicas; II.- Jurisprudencia constitucional y tutela de los derechos de libertad: el caso del aborto; III.- Jurisprudencia constitucional y tutela de los derechos prestacionales: igualdad, discriminación, acciones positivas; IV.- Conclusiones.

I

El objeto «justicia constitucional», es seguramente uno de los más «observados» por la doctrina del derecho comparado, tanto desde la óptica de la microcomparación (a través de estudios especializados en un instituto particular, o «componentes» del proceso constitucional o estudios jurisprudenciales) como desde la macrocomparación. Son, en efecto, numerosísimas las propuestas de modelos y clasificaciones que buscan reducir a «sistema», o quizá mejor diría «a sistemas», en plural, el articulado panorama mundial de los tribunales y cortes constitucionales y supremas. Este interés es seguramente justificado por el hecho que los órganos de justicia constitucional, se han transformado, hoy en día, en los principales defensores de los derechos humanos al interior de cada Estado, avanzando más allá de sus originarias funciones arbitrales en los conflictos entre Estado y entes territoriales[2], para convertirse, sobre todo, en «jurisdicción de la libertad»[3] al margen de la composición o la estructura de la magistratura constitucional.

1. Traducción del italiano de Pedro P. Grández Castro, Asesor del Tribunal Constitucional y miembro del Consejo de redacción de la Revista.
2. Sobre esto v. E. D'Orlando, *La funzione arbitrale della Corte costituzionale tra Stato centrale e governi periferici*, CCSDD, Tecture Series, Bonomo, Bologna, 2005.
3. Según la conocida expresión de M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà,* Giuffrè, Milano, 1955.

Estudios más recientes sobre los modelos y su circulación, evidencian una tendencia a la «parcelización» de los sistemas. O se asume una única gran contraposición[4] o, en cambio, llegado el punto, se sugiere la utilización contemporánea e integrada de parámetros diversos de clasificación[5], estableciendo categorías para cada ordenamiento como si fueran iguales, pero teniendo siempre como referentes las experiencias estadounidense o austriaca, como si se hubieran desarrollado siguiendo directrices originales y a menudo «únicas»[6].

De otro lado, aunque exagerando un poco, se podría llegar a la conclusión de que «en el fondo- cada Estado tendrá, en este punto, su propio modelo de justicia constitucional»[7]. Si bien tal afirmación resultaría en verdad descriptiva de los actuales sistemas de justicia constitucional en el mundo, no obstante implicaría que la ciencia comparatista abdique a una de sus funciones vitales: aquella que se encarga de estudiar los modelos y su circulación[8].

Por este motivo, lejos de querer agregar a todo costo un nombre más a la lista de «colores» que se ha escrito ya sobre el tema de los modelos de justicia

4. Aquí resulta inevitable la referencia a P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, CEDAM, Padova, 1950, 6.
5. V. más recientemente, J. J. Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante al siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002; L. Pegoraro, «La circulacion, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional», en: *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, p. 393 ss.; F. Fernández Segado, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano*, CCSDD Lecture Series, Bonomo, Bologna, 2003; F. Fernández Segado, *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina*, CCSDD Lecture Series, Bonomo, Bologna, 2005.
6. Esta propuesta reconstructiva tiene el mérito de evidenciar la dinámica de las instituciones de la justicia constitucional y de redimensionar el baricentro, sutil y hasta hace poco tiempo indiscutiblemente posicionado entre Europa occidental y Estados Unidos, poniendo en evidencia en cambio, los aportes innovativos de los países de la Europa oriental y de América Latina.
7. A. Celotto, *La Corte costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 19.
8. «Distinto es en efecto estudiar el derecho privado, el derecho penal, el derecho administrativo con sensibilidad comparatista, sin encerrarse en los propios confines ni replegándose sobre las experiencias conceptuales de la tradición del propio país, otra cosa es ponerse como objetivo (*finalizzare*) la comprensión de la analogía y de la diferencia, de las relaciones de influencia o de indiferencia para una investigación orientada a individualizar aquel conjunto de valores, de eslabones, de modos de ser (a veces cercanos o a veces distantes) que constituyen ni mas ni menos el Derecho comparado en su conjunto, según una línea de pensamiento que puede utilizar ya sea criterios históricos, o criterios sistemáticos, para tener la certeza o cuando menos para aproximarse a ella, respecto de la existencia de tales relaciones de afinidad o para identificar al interior de aquellas, ciertos tipos de similitudes que tienden a manifestarse, para formar objeto de comparación» (G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 11).

constitucional, me propongo en este ensayo aproximarme al tema de los modelos, pero utilizando para ello un método de investigación distinto al dogmático y prescindiendo de las clasificaciones doctrinarias que tratan sobre el particular. Lo que quiero hacer es caminar a la búsqueda de semejanzas y diferencias entre sistemas de justicia constitucional en las respuestas concretas que éstas suelen dar a las demandas individuales de tutela de los derechos, analizando la solución que la Corte o Tribunal propone para casos jurisprudenciales similares[9]. La atención estará entonces focalizada sobre los instrumentos que la Corte o Tribunal puede utilizar para restablecer el derecho violado, buscando ordenar los sistemas de justicia constitucional propio, sobre las analogías o divergencias en la fase de ejecución/actuación de las sentencias que protegen o restituyen el derechos.

El Derecho Procesal Civil suele distinguir entre demanda autodeterminada y heterodeterminada, en base a la naturaleza del derecho demandado por el actor. El objeto del proceso determina el tipo de respuesta del juez, que se pronunciará, consecuentemente, ya sea con una sentencia declarativa, constitutiva o de condena. En mi opinión, también en el proceso constitucional[10] el objeto (es decir, la naturaleza del derecho violado) influye en el pronunciamiento del Juez Constitucional. En particular, se puede distinguir el caso en el que, para eliminar la situación de ilegitimidad, es suficiente la declaración de inconstitucionalidad del acto denunciado (por cuanto el objeto del proceso está representado por un derecho absoluto de primera o segunda genera-

9. No se trata de *factual approach* (sobre esto v., entre otros L. Pegoraro, A. Rinella, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, CEDAM, Padova, 2002, p. 50; en sentido crítico G. Lombardi, op. cit., p. 31 ss.; U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1997, p. 15; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5a ed., UTET, Torino, 1992, p. 53 ss.) porque no realza los términos reales a partir del cual emana la pregunta. En verdad se utiliza una convinación del método problemático y el método casuístico, buscando despojarse de la mejor manera posible de los esquemas clasificatorios habituales para hacerles objeto de verificación a la luz de la «razón instrumental» (para el uso de tal expresión referida al derecho comparado como ciencia v. G. Lombardi, op. cit., p. 11 ss.). propia de este trabajo, que es la de estudiar los modelos de justicia constitucional en función del tipo de tutela ofrecida a los individuos

10. No entro al análisis del debate acerca de la existencia o no de un Derecho Procesal Constitucional (v. al respecto G. Bognetti, «La Corte costituzionale tra procedura e politica», en AA.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 221 ss., véase además y en el mismo sentido, las intervenciones sobre el tema de C. Mezzanotte, *Processo costituzionale e forma di governo*, p. 63 ss., S. Panunzio, *Qualche riflessione sulla «elasticità» delle regole procedurali nel processo costituzionale*, p. 259 ss. y de G. Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale?*, p. 105 ss.; A. Pizzorusso, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, en M. Bessone (al cuidado de), *Diritto giurisprudenziale, Giappichelli, Torino*, 1996, p. 133 ss.; las intervenciones de V. Angiolini, *La Corte senza il «processo» o il «processo»*

ción); o bien, cuando resulta necesaria una ulterior actividad «positiva» de parte del Estado (porque el objeto del proceso es en este caso, un derecho considerado de prestación). En otras palabras, podemos distinguir, dependiendo de si la sentencia sea o no *self-executing* respecto a la exigencia de tutela individual sobre el cual el proceso constitucional se ha puesto en movimiento.

A la luz de esta distinción he tratado de seleccionar algunos casos ejemplificativos que permitan un análisis transversal entre ordenamientos diversos y representativos de «modelos» de justicia constitucional (Estados Unidos, Italia, España, Alemania). Soy conciente de que un trabajo metodológicamente riguroso requeriría una casuística bastante más amplia de aquella que presenta este ensayo, y también un esfuerzo ingente en la fase de verificación de los resultados. Espero, por tanto, en virtud de la extensión de este trabajo, se me permita proponer en esta oportunidad los resultados como una especie de preámbulo para una sucesiva investigación mejor articulada al respecto.

II

La cuestión respecto a la legitimidad constitucional del aborto representa en mi opinión un caso ejemplificativo en el que el objeto del proceso es un derecho que entra en la categoría de la «libertad del Estado», y por lo tanto, tutelable a través del cese de la conducta lesiva (en nuestro caso, por tanto, a través de la declaración de inconstitucionalidad del acto impugnado). Además, se presta particularmente como caso de laboratorio, puesto que todas las Cortes si son mesuradas con el tema y los hechos de la causa sometidos al proceso son necesariamente iguales. La consecuencia es que se limita fuertemente a la incidencia de los «hechos» sobre las soluciones concretas pronunciadas por la Corte o Tribunal. Veamos brevemente esbozados los singulares casos ordenados cronológicamente (a fin de poder evidenciar también eventuales influencias recíprocas en la jurisprudencias de las cortes) para poder pasar a poner de relieve similitudes y diferencias en el acercamiento a la problemática.

costituzionale senza processualisti, y de P. Carrozza, «Il processo costituzionale senza processo», en el volumen al cuidado de R. Romboli, *La giustizia costituzionale a una svolta,* Giappichelli, Torino, 1991; el volumen dirigido por G. Famiglietti, E. Malfatti, P.P. Sabatelli, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione. Atti del seminario di Pisa del 26 ottobre 2001*, Giappichelli, Torino, 2002), por lo tanto, utilizaré el meta-lenguaje del proceso civil sólo por comodidad, en su significado común y no técnico.

ESTADOS UNIDOS

El *leading case* en los Estados Unidos es *Roe v. Wade*[11], del año de 1973. La actriz Roe, una mujer soltera embarazada, había planteado una *class action* a la Corte de Distrito (a la que se había adherido la intervención de un médico en espera de pronunciamiento por dos presuntos delitos de ayuda al aborto), denunciando la inconstitucionalidad *on their face*[12] de las leyes penales del Estado de Texas, que penalizaban el aborto o la tentativa de aborto, salvo la necesidad de salvar la vida de la madre respaldada en la opinión motivada de un Consejo Medico. La Corte de Distrito reconocía las leyes inconstitucionales (*void*), en cuanto éstas eran imprecisas y por tanto lesivas de los derechos de los demandantes reconocidos en las Enmiendas IX y XIV de la Constitución, pero no se pronunciaba en vía de ejecución, como había sido el requerimiento de los demandantes, a efectos de prohibir al Estado demandado su puesta en vigencia posterior. La actriz proponía apelación directa a la Corte Suprema por la falta de concesión del *injunctive relief* por parte de la Corte de Distrito.

La extensa sentencia intentar un difícil balancing entre intereses de diversa naturaleza. Luego de un articulado excursus histórico sobre la penalización del aborto desde la época de la Grecia clásica hasta la actualidad, la Corte identifica como objeto del juicio el derecho constitucional a la *privacy* jurisprudencialmente extraído de la IX y XIV Enmienda. En la sentencia en efecto, se dice que: «*Este derecho a la privacidad ... es lo suficientemente amplio como para comprender la decisión de una mujer de terminar o no con su embarazo...*» [13], mas tal derecho no es absoluto, pues la Corte considera: «*Nosotros por lo tanto, concluimos que el derecho a la privacidad personal incluye la decisión del aborto, pero este derecho no es absoluto y debe ser considerado a contrapelo de los importantes intereses del Estado para su regulación*»[14]. Los intereses del Estado con relación a la elección a favor de una reglamentación, también penal de la materia son: a) la garantía de la ejecución de la intervención en condiciones de seguridad para la paciente; b) la protección de la salud y la vida de la mujer; c) el interés a la protección de una

11. 410 U.S. 113 (1973).
12. En el sistema estadounidense no se admite una acción directa de inconstitucionalidad, que prescinda por tanto de un interés actual y concreto para la resolución de un «*case or controversy*», salvo que la ley objeto de la demanda no sea declarada inconstitucional *on its face*, esto es, diremos nosotros, en vía manifiesta, *ictu oculi*.
13. «*This right of privacy, … is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy*».
14. «*We therefore, conclude that the right of personal privacy includes the abortion decision, but that this right is not unqualified and must be considered against important state interests in regulation*» (Punto VIII.)

«vida potencial». El *balancing*, por tanto, entre el derecho a la privacy de la mujer (y por lo tanto el derecho de decidir libremente si y cuando interrumpir un embarazo), y los «*compelling state interest(s)*» que legitiman una limitación del derecho de la persona, viene resuelto por el Juez mediante la reglamentación directa de la materia. La Corte en efecto subdivide el periodo del embarazo en tres trimestres, para cada uno de los cuales viene indicado cuál es el interés prevalente. Así, en el primer trimestre prevalece de manera absoluta el derecho a la *privacy* de la mujer; en el segundo trimestre, el Estado puede regular la materia para garantizar la salud de la mujer gestante; en el tercer y ultimo trimestre, habiendo el feto, según la ciencia médica, alcanzado la etapa de «viabilidad», es decir, la posible autonomía de vida fuera del útero materno, prevalece los intereses del Estado a la tutela de la vida pre natal, y por tanto, es legítima también la opción de penalizar el aborto.

La Corte Suprema establece de este modo, la inconstitucionalidad de las leyes de Texas, pero afirma que la orden inmediata no es necesaria: «Consideramos innecesario decidir si la Corte de Distrito erró en denegar el injuctive relief, debido a que asumimos que las autoridades judiciales de Texas otorgarán plena validez a esta decisión en el sentido que las leyes criminales del Estado de Texas son inconstitucionales.[15]»[16]. Es de notar finalmente, que a la Sentencia de la Corte se incorporan tres opiniones concurrentes (jueces Burger, Duglas y Stewart) y dos opiniones disidentes (jueces White y Rehnquist).

ITALIA

En Italia, la histórica sentencia relativa a la cuestión del aborto es la Nº 27 de 18 de febrero de 1975. La cuestión fue introducida por vía incidental, a través de la providencia de un Juez Instructor del Tribunal de Milán en la que se dudaba de la legitimidad constitucional del delito de auxilio al aborto.

A diferencia de la sentencia estadounidense, la italiana es brevísima y concisa en todo aquello que hace referencia a valores o concepciones de tipo extrajurídico. «*Considera la Corte que la tutela del concebido (…) encuentra su fundamento constitucional en el artículo 31, inciso 2º de la Constitución que impone expresamente la «protección de la maternidad»* y, más en general, el artículo 2º que reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, entre los cuales

15. «We find it unnecessary to decide whether the District Court erred in withholding injunctive relief, for we assume the Texas prosecutorial authorities will give full credence to this decision that the present criminal abortion statutes of that State are unconstitutional.»
16. Punto XII.

no puede dejarse de incluir desde luego, y con sus particulares características, la situación jurídica del concebido». Ello justifica, según la Corte, la intervención del legislador para prever sanciones penales, pero al mismo tiempo, se reconoce que «*el interés constitucionalmente protegido relativo al concebido puede eventualmente colisionar con otros bienes*». La ley incurre, por tanto, en el vicio de conceder a los derechos del concebido prevalencia absoluta, sin contemplar excepciones relativas a la tutela de otros intereses iguales y también constitucionalmente garantizados, como la vida o la salud de la madre. La sentencia *es una interpretativa de acogimiento parcial declarando inconstitucional la normaen cuestión («en la parte en que no prevé que el embarazo pueda interrumpirse cuando la ulterior gestación implique daño, o peligro grave, médicamente comprobado y debidamente motivado en este sentido y que no pueda evitarse de otro modo, para la salud de la madre»)*, con una orden al legislador a efectos de que disponga las providencias necesarias a efectos de evitar que el aborto sea cometido sin saberse acertadamente sobre la realidad y gravedad del peligro o daño a la madre en caso de proseguirse con el embarazo.

ALEMANIA

Prácticamente concomitante, pero con dudas diametralmente opuestas, es la sentencia del Bundesverfassungsgericht sobre la ley alemana en materia de aborto del 25 de febrero de 1975[17]. Mediante un recurso constitucional venía interpuesta al Tribunal la cuestión de legitimidad del §218ª del Código Penal, como modificación de la Quinta Ley de Reforma del Código Penal de 1974. En particular, estaba prevista la imposibilidad del aborto realizado dentro de las primeras 12 semanas de gestación.

El Tribunal no sólo declara ilegítima la disposición, por ser contrario a las disposiciones concordadas de los artículos 2, c. 2 y 1, c. 1 de la Ley Fundamental (GG), sino que además y mediante el poder de adopción plena, dicta las medidas necesarias para la actuación de la sentencia previsto por el §35 de la Ley sobre el Tribunal Federal, y dispone la regulación directa de la materia en forma transitoria, en espera de una adecuada intervención del legislador.

El Tribunal antepone al análisis jurídico una introducción sobre la legislación en materia de aborto desde el Código Penal prusiano, dando cuenta también de los trabajos parlamentarios en el debate de la ley en vigor. Luego pasa a analizar el

17. BVerfGE 39, 1. Hemos utilizado aquí la versión inglesa de la sentencia, disponible en el sitio web: http://swiss.csail.mit.edu/~rauch/nvp/german/german_abortion_decision2.html y publicada en: *The John Marshall Journal of Practice and Procedure* (Vol. 9:605).

artículo 2, c. 2 del *Grundgesetzt*, afirmando que el término «*jeder*» incluye también la vida prenatal y que tal norma no sólo prevé una obligación «negativa» de abstención para el Estado de interferir o lesionar aquel derecho, sino que además, contempla una obligación «positiva» de tutela[18]. El Tribunal admite que el Estado pueda considerar también otros intereses en contraste con aquel a la tutela de la vida del concebido, sobretodo aquel de la madre, pero «este punto de vista, debe ser, de todos modos, rechazado en la medida en que no venga respaldado de alguna forma en un interés jurídico relevante de la madre, o el aborto sea una opción dictada con indecencia o por mera oportunidad». El Tribunal prosigue criticando la opción de regular el embarazo en modo diverso en base al periodo de gestación, reconfirma que el derecho a la vida corresponde también al concebido y que el artículo 2, c. 2. GG supone una obligación positiva para el Estado de asegurar una adecuada tutela a tal derecho. Reconoce de este modo que la opción de los medios de tutela de un derecho corresponde siempre al legislador, a lo que el Tribunal no puede sustituirse, pero a ello corresponde juzgar la adecuación (*ragionevolezza*) de los medios elegidos respecto al objetivo de tutela[19]. El Tribunal considera que el legislador, en el caso bajo análisis, al haber despenalizado el aborto en las primeras 12 semanas de gestación, no había previsto medidas alternativas adecuadas para tutelar la vida prenatal en aquel periodo, y en consecuencia, censura tal disposición. A la sentencia sigue la opinión disidente de dos jueces, que, citando amplia jurisprudencia austriaca y americana, contestan el íter argumentativo de la mayoría y denuncian cómo el Tribunal se habría sustituido en los hechos al legislador.

ESPAÑA

Finalmente en España, la cuestión ha sido resuelta a través de uno de los poquísimos casos de *recurso previo de inconstitucionalidad* (STC 53/1985 de 11 de abril), aunque para nuestros fines resultará también útil analizar *la sentencia de amparo* Nº 70/1985 de 31 de mayo.

El objeto del recurso previo era la legitimidad constitucional de la despenalización del aborto en presencia de determinadas condiciones. Así como

18 «Article 2, Paragraph 2, Sentence 1, of the Basic Law, contains according to this view, not only a right of defense against direct attacks by the state but at the same time forms a foundation for a positive demand for protection against the state» (Trad. «El punto 1 del párrafo 2 del artículo 2 de la Ley Fundamental, regula de acuerdo a este punto de vista, no solo el derecho de defenderse contra ataques directos por parte del Estado, sino que al mismo tiempo establece la obligación positiva del Estado para proteger tal derecho...» (punto II).

19 «The court may not put itself in the place of the legislature; it is, however, its task to examine carefully whether the legislature, in the framework of the possibilities

en Alemania, el Tribunal imputa al Estado, cuando exista conflicto de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, no sólo un deber negativo de abstención, sino también, *«una obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano»* (FJ. 4º)[20]. Se reconoce que la vida del nascituro es un bien jurídico constitucional protegido por el artículo 15º de la Constitución Española (CE) y que en consecuencia, resulta necesario ponderar el conflicto entre este bien y aquellos correspondientes a la madre, por lo que sólo en determinadas situaciones particulares resulta legítimo renunciar a la tutela penal.

El recurso de Amparo, venía en cambio propuesto contra la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Nº 4733/1993, la misma que anulaba la sentencia absolutoria de mérito, condenando a los imputados por el delito de aborto. Los recurrentes solicitaban la anulación de la Sentencia del Supremo por considerar que éste no había aplicado la eximente del *estado de necesidad* y, en consecuencia, se condene al alto Tribunal por la violación del derecho constitucional de los recurrentes ex art. 15º CE, a la integridad física y moral referida a la negación de la opción de abortar.

El Tribunal considera que el proceso no tenía como objeto inmediato la norma penalizadora del aborto[21], –no obstante que el fundamento juridico de la cuestión fuera aquel del conflicto entre los derechos de la madre y del nasciturus[22]. En opinión del Tribunal, el recurso de amparo así planteado, comportaría un pronunciamiento sobre el mérito de la sentencia del Tribunal Supremo acerca de la aplicabilidad o no del estado de necesidad, situación que sería extraña al pro-

standing at its disposal, has done what is necessary to avert dangers from the legal value to be protected» (Trad. «La Corte no reemplaza al Parlamento; sin embargo, su tarea es examinar cuidadosamente si el Parlamento, en el marco de las posibilidades puestas a su disposición, hizo lo que era necesario para apartar los peligros del valor jurídico que debe ser protegido» (punto III).

20. V. también F.J. 12: «… el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del nasciturus (art. 15 Constitución), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto».

21. Al extremo que se llega a decir en la sentencia que los recurrentes admiten que la vida intrauterina es un bien constitucionalmente tutelado. (FJ. 5).

22. «… lo que se plantea como un enfrentamiento entre los derechos de la mujer y el del nasciturus».

23. «… es claro que nos adentramos en un terreno que por consecuencia de lo previsto en el art. 117.3 de la C.E. está vedado a este Tribunal Constitucional, como privativo del que tiene encomendado la jurisdicción ordinaria» (F.J. 5).

ceso constitucional de amparo[23]. Finalmente, en cuanto al conflicto de los derechos constitucionales de los sujetos implicados, el Tribunal reenvía la solución a la vía legislativa, en debate en aquel momento[24], recordando de este modo no poder intervenir en el tema y, por tanto, rechazando de nuevo el recurso. Junto a la sentencia, viene también publicado el voto particular del magistrado Tomás y Valiente el cual critica ásperamente la posición asumida por el Tribunal. Para dicho magistrado habría una evidente situación de confrontación de la normativa penal en materia de aborto con el artículo 15º CE. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional habría tenido el deber de declarar inconstitucional el artículo 411º del Código Penal y de conceder el amparo, en cuanto la sentencia de mérito resulta lesiva de los derechos fundamentales de los recurrentes[25].

ANÁLISIS

La primera observación sobre estos casos concierne al parámetro de constitucionalidad. La problemática de la licitud penal del aborto viene encuadrada por la Corte estadounidense como una de las facetas del derecho a la *privacy* de la madre que viene balanceado respecto de los *interessi* del Estado a la tutela de la salud materna y de la vida fetal; para el caso de los tribunales español y alemán, como el derecho a la vida del *nasciturus* que viene ponderado con el derecho a la integridad física y moral de la madre; y para el caso de la Corte italiana, definido como situación jurídica del concebido equiparable con los «derechos inviolables del hombre» y el derecho a la vida y a la salud de la madre. No interesa aquí confrontar la elección de valores y las correspondientes argumentaciones de las Cortes en mérito al estilo del balanceamiento, ya que se trataría de dimensiones no conmesurables e incompatibles entre ellos, donde cada Corte razona en base a un texto constitucional diverso, y sobre todo, en torno a un «contexto» diferente. Lo que en todo caso quisiera subrayar, es que la cuestión ha venido siendo tratada como problemática de legitimidad constitucional por todas las Cortes, aunque no todos los textos constitucionales lo reconozcan de modo expreso.

24. «Que se trata de enfrentamiento, a que hicimos alusión precedentemente «en sentir de la recurrente» lo puede abonar la posición del legislador actual, quien trata de atender a él mediante la inclusión en el Código Penal del nuevo art. 417 bis…» (F.J. 5).
25. «El Tribunal Constitucional no puede decir cómo habría de redactar el legislador el 411 del Código Penal para hacerlo conforme con la Constitución… Pero el Tribunal no sólo puede, sino que debe, declarar la inconstitucionalidad del 411 del Código Penal, ante de que entre en vigor el anunciado 417 bis, porque su texto desconoce y, por tanto, lesiona determinados derechos fundamentales en conflicto…» (*voto particular, punto 2*).

En efecto, si bien las constituciones alemana y española (esta última profundamente inspirada en la primera) reconocen explícitamente a cada persona el derecho a la vida y a la integridad física (y moral; art. 2, c. 2 GG; art. 15 CE). La Constitución americana, en cambio, nace como Constitución concisa, si bien enriquecida en el tiempo con la aprobación de los *Bill of Rights*.

Conforme a la XIV Enmienda «*Ningun Estado deberá privar a ninguna persona de su derecho a la vida, a la libertad o a la propiedad, sin que medie un debido proceso legal*»[26] Esto no es por tanto un reconocimiento explícito de la inviolabilidad del derecho a la vida, que viene no obstante garantizado en los conflictos con el Estado a través de la obligación del *due process*. De otro lado, tampoco el derecho a la privacy está sancionado constitucionalmente, por lo que se ha extraído jurisprudencialmente a partir de las enmiendas IX o XIV. Finalmente, en lo que respecta a Italia, el mecanismo de ampliación del elenco de los derechos constitucionales a través de la cláusula abierta del artículo 2º es bastante conocida, por lo que no requiere mayores comentarios.

La función de garantía de los derechos es ahora universalmente asumida por todas las Cortes Supremas o por los Tribunales Constitucionales como tarea inmanente del órgano, tanto que con frecuencia obliga a los jueces a ir más allá de los límites (literal, históricos culturales) de los textos constitucionales sobre la base de los cuales juzgan. De este modo, en el proceso para la tutela de los derechos deviene en parámetro, en caso sea necesario, incluso aquello que la Constitución no dice, para lo cual los derechos «humanos», entendidos como situaciones subjetivas para los que se requiere tutela, convierten de todos modos en «constitucionales», y en consecuencia, elevan formalmente a estas categorías jurídicas a la condición de derechos dignos de tutela por parte del Estado. Una primera conclusión sería entonces, que la ampliación formal del parámetro, y por tanto, del texto de la Constitución, no es un elemento que pueda demostrar si el ordenamiento sea idóneo o no para garantizar los derechos humanos[27]. De una parte, porque, incluso en textos constitucionales «largos», puede no estar asegurada la garantía jurisdiccional de los derechos; de otra, porque el parámetro se expande en directrices extratextuales[28].

26. «*nor shall any State deprive any person of life, liberty , or property, without due process of law*»
27. V. en sentido contrario, G. Pavani, «Il ruolo del parametro nella classificazione dei modelli di giustizia costituzionale», ensayo entroductorio a M. Savona, *La dinamica dei parametri di costituzionalità nella giurisprudenza del Conseil constitutionnel francese*, CCSDD « Lecture Series, Bonomo, Bologna, 2004, p. 9.
28. V. A. D'Aloia, «Argomenti per uno statuto costituzionale delle azioni positive: uno sguardo all'esperienza italiana», in L. Califano (al cuidado de), *Donne, politica e*

Una ulterior observación sobre estos casos tiene que ver con los instrumentos que las Cortes suelen usar para asegurar la tutela necesaria al derecho en cuestión. Habíamos inicialmente dicho, que en el caso del aborto los derechos constitucionales implicados son de tal naturaleza, que un pronunciamiento simple, de acogimiento o rechazo de la instancia, sería suficiente para restablecer el derecho. No obstante, en realidad, sólo el Tribunal español ha optado por una solución de este tipo. Tanto la Corte Suprema estadounidense como el Tribunal Alemán, han considerado necesario, cada uno desde su propio punto de vista, además de declarar ilegítima la norma en cuestión, dictar medidas constitucionalmente compatibles a través de los instrumentos técnicos previstos en sus respectivos ordenamientos.

En *Roe v. Wade* la Corte Suprema, en el punto XI de la sentencia, individualiza tres distintos periodos del embarazo, y para alguno fija límites a la intensidad de la tutela penal del aborto, reconociendo en el primer trimestre la prevalencia absoluta del derecho a la *privacy* sobre cualquier otro interés en oposición, e introduciendo el criterio de la «viabilidad» como línea divisoria entre el aborto penalmente lícito y aquel que es ilícito en el semestre sucesivo, dejando al legislador estatal, márgenes de intervención sólo para el aborto en el último trimestre de embarazo. La solución ofrecida por la Corte americana recupera plenamente hasta sus límites el ejercicio de sus poderes, ya que es el ultimo nivel de jurisdicción ordinaria en un sistema de fuentes del derecho en base a la jurisprudencia. La Corte habría podido adoptar también una decisión ejecutiva, sin embargo no lo consideró necesario, confirmando así nuestro argumento inicial sobre la naturaleza *«self-executing»* de la sentencia.

---

processi decisionali, Giappichelli, Torino, 2004: «Lo que se quiere decir, es que, independientemente de la «escritura» constitucional de formas y direcciones «sustanciales» de la igualdad, es decir, inmersa en las concretas dinámicas económico-sociales con finalidad de transformación de la existente, éstas se desarrollan «naturalmente», como resultado de procesos políticos y culturales, de actuaciones e interpretaciones, en el cuerpo de la equal protection que no es solamente igualdad formal» (p. 40). V. también A. Spadaro, «Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità», en G. Pitruzzella, F. Teresi, G. Verde (al cuidado de), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità. Atti del seminario di Palermo, 28-29 maggio 1998*, Giappichelli, Torino, 2000: «…una objetiva relativización del parámetro «abstracto» de constitucionalidad (es decir del texto), cuya existencia jurídica efectiva depende – además de los usos, los desusos y los hechos- sobretodo de *quien* (Corte) y como (instrumentos y técnicas que utiliza) se determina el contenido «concreto» y viviente (*normas*)» (p. 18); «Este es ell dato por el cual « no la Constitución en abstracto « sino el parámetro constitucional in concreto, por lo menos en muchos casos, es fruto de la inteligencia «creativa» de los tribunales constitucionales» (p. 58).

En el caso alemán, el *Bundesverfassungsgericht* ha hecho uso del poder de ejecución *ex art.* 35 de la Ley sobre el Tribunal Federal. Ello, considerando que la mera declaración de inconstitucionalidad de la ley no aseguraba la tutela necesaria al derecho a la vida del nasciturus, por lo que ha creído oportuno el introducir una regulación transitoria, en espera que el legislador colmase el vacío normativo. Se trata a mi entender, de un poder muy significativo, sobre todo tratándose de un ordenamiento del *Civil Law*. El Tribunal Federal no habría podido en ningún caso intervenir directamente sin la provisión del art. 35, aun cuando de todos modos, está legislativamente previsto que la Sentencia Constitucional (la parte dispositiva y también los cd. *Tragende Grunde - Fundamentos*) tienen fuerza de ley (art. 31 de la Ley sobre el Tribunal Federal). No obstante ser un instrumento usado raramente, supone siempre un arma potente en las manos del *Bundesverfassungsgericht* en situaciones de encontrar violaciones de los derechos constitucionales

En Italia, en cambio, por ser el modelo de justicia constitucional bastante cercano al alemán, el ordenamiento no atribuye a la Corte algún poder sobre la ejecución de sus sentencias, y reconoce eficacia vinculante sólo a la parte dispositiva de la sentencia de acogimiento (estimatoria). En el caso, la Corte se pronuncia mediante una sentencia *interpretativa de acogimiento parcial*, reconociendo la ilegitimidad del art. 549 del Código Penal *(«en la parte en que no prevé que el embarazo pueda interrumpirse cuando la ulterior gestación implique daño, o peligro grave, médicamente comprobado y debidamente motivado en este sentido y que no pueda evitarse de otro modo, para la salud de la madre»)*. La Corte, afrontando una materia penal no puede ir en todo caso mas allá. Considerando necesario prever la aplicación al caso en cuestión del aborto, de una particular forma de estado de necesidad, que en parte encuentra expandiendo por vía interpretativa las condiciones de tipicidad del artículo 54 del Código Penal, mientras en la parte innovativa se ve constreñida a reenviar a la intervención del legislador, fijando en cualquier caso, los parámetros en los que deberá moverse (*«Mas observa también la Corte, que tal obligación del legislador requiere de las cautelas necesarias para impedir que el aborto venga facilitado sin saberse acertadamente sobre la realidad y gravedad del daño o del peligro que podría derivarse para la madre de proseguirse con el embarazo»*). Los límites de jurisdicción de la Corte italiana la obligan a detenerse frente a la necesidad de modificar la ley, aunque son muchos los casos en los cuales la creatividad normativa se manifiesta mediante las sentencias interpretativas y en particular aquellas *manipulativas*.

Sólo en el proceso de amparo español el Tribunal, aún reconociendo la existencia de un conflicto de derechos constitucionalmente relevantes, ha considerado no obstante que resolverlo es competencia exclusiva del legislador,

sobre todo, teniendo en cuenta una reforma *in itinere* del Código penal. En la opinión disidente, el magistrado Tomás y Valiente critica fuertemente la posición asumida por la mayoría, indicando como solución más oportuna la declaración de inconstitucionalidad de la norma incriminatoria, en espera de una regulación distinta de los intereses en juego. La sentencia muestra quizá un excesivo *self restraint* del Tribunal respetuoso con los límites de la propia función en las relaciones con el Poder Legislativo. Sólo en el juicio previo[29], el Tribunal español, a partir del ejemplo de su par alemán, se ha atrevido finalmente a reconocer el derecho a la vida como un derecho de prestación pero también una obligación positiva de intervención para garantizar el máximo nivel de tutela, incluyendo desde luego, también la tutela penal. En este sentido, las sentencias de los dos tribunales (alemán y español) llevan a límites extremos la jurisdicción constitucional, haciendo derivar de la Constitución una obligación de penalización de determinadas conductas lesivas de derechos constitucionales.

En conclusión, comparando los instrumentos con los cuales las Cortes aseguran tutela a los derechos constitucionales, se puede observar a la Corte italiana como aquella formalmente más desprovista, aunque la laguna viene enseguida superada en vía de hecho. El máximo de tutela es en cambio ofrecido por la Corte americana y alemana, mientras el Tribunal español, aunque dotado de los mismos instrumentos técnicos (v. *infra, §3*), parece no obstante menos propenso a desarrollar un rol activo en su relación con el legislador.

III

Para verificar las primeras conclusiones sobre el grado de efectividad de tutela de los derechos asegurado por cada uno de los ordenamientos examinados, debemos pasar a analizar el comportamiento de las Cortes y Tribunales de cara a los casos en los cuales el derecho constitucional objeto del proceso es de tipo «prestacional», es decir, casos en los que una sola declaración de ilegitimidad de la norma o del acto en conflicto con la Constitución no garantiza que la situación de derecho

29. Debe recordarse no obstante, que tal proceso no está contemplado en el ordenamiento español.

30. La Corte constitucional italiana ha definido las acciones positivas en la sent. 109/1993 como «el más potente instrumento en manos del legislador, que, en el respeto a la libertad y a la autonomía individual, tiende a realzar el punto de partida para la singular categoría de persona socialmente en desventaja – fundamentalmente aquellas reconducibles a las prohibiciones de discriminación establecidos en el inciso primero del propio artículo 3 (sexo, raza, lengua, religión, opinión política, condiciones personales y sociales) a fin de asegurar a las categorías iguales un estatuto efectivo de igualdad de oportunidades de inserción social, económico y político». En la perspectiva de este

devenga «conforme» a la Constitución misma. Se trata por ejemplo de los casos de discriminación y de violación del principio de igualdad sustancial y de los derechos sociales, a partir de las que se ingresa en el campo de las «acciones positivas»[30].

Uno de los casos más significativos en los Estados Unidos, tanto a nivel jurídico como a nivel fáctico socio-cultural[31], es seguramente el de la segregación racial en las escuelas públicas. Como es sabido, el proceso parte del caso *Brown v. Board of Education*[32], con la que la Corte Suprema cambia de modo radical el precedente *Plessy v. Ferguson*[33], que había inaugurado la doctrina del «*separate but equal*». En el caso, algunos padres de estudiantes negros, habían presentado recurso contra la autoridad educativa por haberles negado la inscripción de sus hijos en escuelas frecuentadas por blancos, por motivos raciales.

La Corte observa que la situación derivada de la doctrina del «iguales pero separados» viola la *Equal Protection Clause* de la XIV enmienda. El derecho a la educación, en efecto, debe estar garantizado a todos y en mismo modo, es decir, con las mismas oportunidades[34]. La sentencia *Brown I* concluye aunque con la sola declaración de ilegitimidad de las normas que admiten la segregación de las escuelas públicas. La Corte renuncia a adoptar resoluciones de actuación, remitiendo el caso para su discusión por la parte ejecutiva. *En Brown II*[35] la Corte encarga a la autoridad judicial a efectos de que disponga, en los

estudio, no obstante, no interesa la respuesta legislativa, sino más bien, aquella de las Cortes o tribunales Constitucionales frenta a la desigualdad sustancial.

31. Para un testimonio de la relevancia y actualidad del tema en la cultura americana v. las páginas de J. Grisham, *The Last Juror*, Bantam Dell, New York, 2004, p. 144 y p. 243 ss. En las agendas de los tribunales se discuten todavía causas surgidas en el inicio de los procesos de desegragación. A título de ejemplo v. la sentencia n. 94-9355 (11th Cir.1996), *Lockett, et al. v. Board of Education of Muscogee County School District, Georgia, et al.*
32. 347 U.S. 483 (1954). Es de notar que todas las sentencias en materia de desegragación racial vendrán a partir de este momento en adelante, a testimoniar el intento firme y unánime de la Corte a favor de la actuación de los derechos. V. las reconstrucciones de B. Woodward, S. Armstrong, *The Brethren. Inside the Supreme Court*, Simon and Schuster, New York, 1979 y B. Schwartz, *How the Supreme Court Decides Cases*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1996.
33. 163 U.S.537 (1896).
34. «In these days, it is doubtful that any child may reasonbly be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an education. Such an opportunity, where the State has undertaken to provide it, is a right which must be made available to all on equal terms».(Trad. «En estos días, es dudoso que cualquier niño pueda esperar razonablemente tener éxito en la vida si se le niega la oportunidad de una educación. Una oportunidad así, donde el Estado está encargado de proveerla, es un derecho que debe ser puesto a disposición de todos en iguales condiciones».
35. 394 U.S. 294 (1955).
36. «… to take such proceedings and enter such orders and decrees consistent with this opinion as are necessary and proper to admit to public schools on a racially

tres casos de apelación, la adopción de las providencias necesarias para resolver conforme a la sentencia del caso *Brown I* [36]. En el certiorari, la Corte de mérito había ya emitido una providencia de inmediata admisión a la escuela para el recurrente, que viene confirmada, aunque el caso es igualmente diferido, puesto que el juez puede adoptar las otras providencias consecuentes a la sentencia *Brown*. La Corte Suprema dicta entonces los modos y los tiempos de actuación de la sentencia: afirma por ejemplo que las autoridades educativas serán responsables de adoptar las medidas necesarias en consideración de las exigencias de cada una de las realidades escolares y que las cortes deberán de verificar que las acciones emprendidas por las referidas autoridades representan ejecución en buena fe de los principios constitucionales establecidos en *Brown («good faith compliance at the earliest practicable date»)*.

La Corte Suprema, a través de las cortes de mérito, emprende de forma del todo autónoma, un recorrido de actuación del derecho extraído a partir de la XIV Enmienda, poniendo a la cabeza a la autoridad educativa en vía primaria, y a las cortes de mérito en vía subordinada un «*affermative duty*» de proveer con cada medio necesario a la desegregación. A tales procesos, inicialmente los gobiernos, y los legislativos de algunos Estados se opusieron firmemente. En el caso *Cooper et al. v. Aaron et al.*[37] la Corte Suprema toma una de las decisiones más fuertes de su historia, acerca del propio rol en el sistema de las fuentes del derecho: no sólo recuerda que los derechos reconocidos a través de sus sentencias no pueden ser desconocidos o anulados por la acción de los legisladores o Ejecutivos estatales, menos aún por las Cortes inferiores u otras autoridades administrativas; sino además, afirma que «*....la interpretación de la XIV enmienda enunciada por esta Corte en el caso Brown es el supremo derecho de nuestra tierra y el artículo sexto de la Constitución le otorga efectos vinculantes para todos los Estados*»[38].

---

nondiscriminatory basis *with all deliberate speed* the parties to these cases» (Cursivas mías). (Trad. «... para tomar tales procedimientos, y hacer de tales órdenes y decretos compatibles con esta opinión, es necesario y apropiado admitir en las escuelas públicas una base de no discriminación racial con toda la deliberada rapidez para las partes en este tipo de casos».)

37. 358 U.S. 1 (1958). Es el famoso caso en el que el Gobierno Federal debió enviar la Guardia Nacional para garantizar la seguridad de cuatro estudiantes negros que habían sido admitidos en una escuela para blancos en Little Rock, Arcansas en base a un plan de desegregación, a causa de la oposición del Gobierno del Estado y los disturbios en el orden público. La autoridad educativa, luego de los eventos había solicitado judicialmente la suspensión del Plan de desegregación.

38. «*it follows that the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the Brown case is the supreme law of the land and Art. VI of the Constitution makes it of binding effect on the States*».

Sobre la base de esta sentencia vienen a adoptarse planes de desegregación de parte de las autoridades educativas, además de ordenes (*injunctive relief*) de diversa naturaleza de parte de las Cortes en los casos en los cuales los *School Boards* se muestran reticentes a la intervención, entre los que también se observa una redefinición territorial de los distritos educativos (escolares) y las órdenes de *school busing*. El proceso de desegregación se desarrolla de todos modos de manera lenta, así la Corte Suprema es llamada a intervenir varias veces, aminorando los tiempos de actuación. *En Griffin et. al. v. County School Borrad of Prince Edward County* [39], se lee «The time for mere «deliberate speed» has run out», mientras en Green et al. v. County School Board of New Kent County et al.[40], se establece definitivamente, que no son admisibles más retardos y que en consecuencia, «La obligación de las autoridades educativas es hoy en día formular un plan de trabajo realista, y que esta propuesta realista se ponga en practica ahora»[41]. Si las autoridades educativas no cumplen con esta tarea, los jueces tienen amplios poderes para elaborar remedios que aseguren un sistema educativo unitario, como se reafirma en Swann et. al. v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education et. al.[42], donde se evalúa la constitucionalidad de algunos tipos de medidas sobre calidades de cuotas, redefinición de los distritos escolares, transporte escolar, etc.

Parece por tanto evidente cómo la Corte Suprema se ha dotado de los instrumentos y de la autoridad para dar efectividad a los derechos constitucionales que ella misma extrae de las «escuálidas» cláusulas de la Constitución americana, aunque en ausencia de colaboración de parte de los poderes legislativo y ejecutivo, y a pesar de la impopularidad de sus líneas jurisprudenciales. Ello se realiza así en los EE. UU, gracias a que la Corte Suprema es al mismo tiempo Juez de la supremacía constitucional y juez de mérito, y por tanto, parte del Poder Judicial, esto en cuanto, en un sistema de *Common law*, sus sentencias son fuente de derecho. Estas dos condiciones (de las que se obtiene un elevado grado de efectividad), son no obstante reproducibles también en sistemas de *civil law* y con una justicia constitucional concentrada.

Habíamos ya visto que en Alemania la Ley sobre el Tribunal Federal atribuye a dicho órgano amplios poderes de reintegración del derecho y otorga eficacia de ley a sus sentencias. También el Tribunal español tiene similares poderes sobre la ejecución de la sentencia. En el proceso de Amparo el art.

39. 377 U.S. 218 (1964). Se trataba de un caso en el que el obstruccionismo político se manifestaba a través de reducciones a los fondos para las instituciones de formación mixta públicas, a efectos de mantener activas sólo escuelas privadas segregadas.
40. 391 U.S. 430 (1968).
41. «».
42. 402 U.S. 1 (1971).

55 inciso c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé que con la sentencia se pueda pronunciar por el «restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación», mientras para todos los tipos de procedimientos está en todo caso previsto en el art. 92 que «El Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quien ha de ejecutarla y, en su caso, remover las incidencias de la ejecución».

Así en la sentencia Nº 104/2004, el Tribunal reconoce que el Reglamento del plan pensionario de la Caja Insular de Ahorros de Canarias, lesiona el principio de igualdad y de este modo discrimina injustificadamente entre trabajadores a tiempo indeterminado y a tiempo determinado, y en consecuencia, no sólo reconoce el derecho y anula la sentencia de mérito, que con antelación lo había desconocido, sino que además fija también la concreta modalidad de actuación de la misma (punto 3 de la parte dispositiva de la sentencia[43]).

Finalmente, el art. 38 reconoce que las sentencias del Tribunal «*vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales*», mientras la doctrina lo reconoce como fuente de derecho[44].

En Italia, el problema de la justiciabilidad del inciso Segundo del art. 3º de la Constitución está presente desde los primeros años de funcionamiento de la Corte[45]. La sentencia 3/8 de junio de 1987, n. 215, se ocupa de una cuestión de discriminación en el ámbito del derecho a la educación y oportunidades formativas, la que se presta para ser equiparado al caso americano y bien puede ilustrar el criterio formal y típico de la Corte en contextos de valoración del principio de igualdad sustancial. Se trataba en este caso de una cuestión de legitimidad sobre algunas disposiciones de la ley 118/1971 a favor de discapacitados civiles, la misma que la Corte declara inconstitucionales en cuanto no aseguran a los mismos el derecho de asistir a las escuelas secundarias superiores. En particular se observa como la exclusión del portador de discapacidad a la oferta formativa regular, lo que «equivaldría a postular como dato insuperable una desigualdad de hecho respecto a la cual está en cambio obligado a prestar los instrumentos idóneos para removerla, entre los cuales el punto fundamental –por cuanto ya se ha dicho-es

43. En la sent. 50/2005 no obstante, el poder de actuación del Tribunal parece ir a *contrario*, en cuanto el mismo afirma que «para restablecer el derecho, resulta suficiente con anular la resolución recurrida y declarar la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social». El Tribunal por tanto, frecuentemente verifica qué proveidos son necesarios y apropiados para el restablecimiento del derecho.
44. V. por todos J. Pérez Royo, *Las Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 44-51 y ivi referencias a Aragón y Rubio Llorente.
45. Cfr. L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza, Giuffrè*, Milano, 1965.

el efectivo acceso de tales sujetos a la escuela». La Corte, mediante una sentencia sustitutiva, declara la disposición inconstitucional en la parte en la que prevé que «*Será facilitada*», sustituyéndola por la frase, «*Es asegurada*» la frecuencia a la escuela media superior. Reconociendo en consecuencia el derecho y su naturaleza de prestación por parte del Estado, el que está obligado a intervenir positivamente para acatar lo dispuesto en la Constitución. En este punto, no obstante, la Corte se detiene, reconociendo que «*corresponde obviamente al legislador la tarea – cuya importancia y urgencia es subrayada por las consideraciones desarrolladas precedentemente - de dictar en el ámbito de su propia discrecionalidad una completa normativa idónea para dar una solución orgánica a tal relevante problema humano y sustancial*». La pelota pasa entonces inevitablemente al legislador y a las administraciones competentes, sin que la Corte pueda controlar las concretas soluciones que estas últimas adoptaren.

En el más reciente caso sobre «*multitrattamento Di Bella*»[46] el límite de intervención de la Corte Constitucional es todavía más evidente. Esta reconoce, en efecto, ilegítima la disposición que prohíbe la inserción de fármacos para el tratamiento en el elenco de medicamentos innovativos y, por lo tanto, suministrables gratuitamente por el S.S.N porque el goce del derecho a la salud terminaría por depender de forma discriminatoria, de las condiciones económicas de los pacientes. No obstante de constatar esto, no puede adoptar ninguna medida para socorrer de manera inmediata a quien viene siendo afectado por la disposición ilegítima, ni tampoco las jurisdicciones ordinarias pueden adoptar algún tipo de medidas sobre la base de una tal sentencia, que se limita necesariamente a solicitar la intervención del legislador[47].

No obstante esto, también en Italia, sobre todo en los últimos años, los más recientes estudios sobre la jurisprudencia constitucional[48], han puesto en evidencia una evolución de la misma en el sentido de una mayor atención a proponer soluciones para la inmediata tutela de los derechos en juego, a través de una variedad de técnicas decisorias, entre la que se pueden anotar las sen-

46. Sent. 20-26 maggio 1998, n. 185.
47. «El legislador está constitucionalmente capacitado para proveer, discrecionalmente, las intervenciones necesarias para garantizar que puedan usufructuar del «*multitrattamento Di Bella*» también los sujetos no admitidos en la experimentación y que no están en condiciones de afrontar los costos relativos por carecer de recursos económicos, conforme a los criterios que corresponden establecer exclusivamente al propio legislador de modo razonable. A efectos de reconducir la regulación legislativa de conformidad a la Constitución, tal intervención deberá darse con la mayor prontitud posible en razón de la particular urgencia».
48. V. R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1999-2001), Giappichelli, Torino, 2002, p. 107 ss. e Id., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2002-2004), Giappichelli, Torino, 2005, p. 117.

tencias de tipo aditivo, mediante las que vincula a las jurisdicciones ordinarias a dar actuación a los principios constitucionales individualizados por la Corte, en caso de que el legislador no intervenga[49]. En estos casos se genera una línea de colaboración entre la Corte Constitucional y la magistratura ordinaria, similar al reparto de competencias que existe entre Corte de Casación y Juez de mérito, donde la Corte formula el principio de derecho, que no sólo viene luego concretamente aplicado en el proceso de reenvío, sino que todos los jueces están vinculados para actuar en casos futuros. De este modo la Corte acentúa su propio rol de juez «de los derechos», y no sólo «del derecho», y según mi punto de vista, se aproxima mucho al modelo americano analizado *supra*. Otra confirmación en este sentido, viene de aquellos pronunciamientos en los cuales la Corte Constitucional lleva a extremas consecuencias el principio de la interpretación conforme a la Constitución, por ella misma introducido[50]. En el caso *de quo* de la sentencia 198/2003 en el tema de otorgamiento del permiso de permanencia en un lugar para menores extranjeros bajo tutela, el juez administrativo, tiene fuertes dudas sobre la constitucionalidad de la norma, por lo que había elevado una cuestión a la Corte, pues desde su punto de vista, la disposición en cuestión, no permitía una interpretación diversa de la que se podía deducir de su lectura textual. La Corte Constitucional, a su turno, declara que la disposición «puede ser – si no interpretada extensivamente de todos modos integrada en vía analógica», declarando por tanto infundada la cuestión deducida. Ahora, en el tema relacionado con la indemnización por maternidad, en el año 2000

49. Cfr. las decisiones 179 e 270/1999.

50. La interpretación conforme a la Constitución está considerada por la Corte como un requisito procesal de admisibilidad de la cuestion incidental. Conforme ha sido puesto de relieve por la doctrina, ello supone una transformación del sistema de control de constitucionalidad hacia el modelo de control difuso. (T. Groppi, *¿Hacia una justicia constitucinal «dúctil»? Tendencias recientes de las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces comunes en la experiencia italiana*, en *Cuad. Const. de la Catedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 38/39, 2002, p. 81 ss.; L. Azzena, *Valorizzazione degli elementi di «diffusione» del sistema di giustizia costituzionale e tutela dei diritti*, en E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (al cuidado de), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso? Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 383 ss.; contra, por ex., A. Anzon, *«Diffusione» del controllo di costituzionalità o «diffusione» del potere di attuazione giudiziaria della Costituzione?*, en E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (al cuidado de), op. cit., p. 379 ss.). Estimo que cuando el juez utiliza las potencialidades interpretativas de un texto, eligiendo entre todas, una interpretación conforme a la Constitución, con ello no se está haciendo referencia a un nuevo poder de los jueces comunes de controlar la constitucionalidad de las leyes, sino en todo caso, es el reconocimiento de la teoría constitucional de la *Drittwirkung* (*eficacia horizontal de los derechos fundamentales*). La Corte en cambio va más allá, cuando requiere a los jueces la desaplicación de hecho de una ley, más allá de los límites interpretativos de la disposición, como hemos explicado en el texto.

el legislador había reformado la materia limitándolo a las trabajadoras subordinadas, fijando en 5 meses totales el periodo correspondiente a la indemnización, contados a partir de la fecha del parto. La modificación no obstante no había incorporado a las trabajadoras del campo. Pero siendo la discriminación evidentemente reconducible como una *imprevisión involuntaria* del legislador, el tenor literal de la norma no prestaba ninguna duda interpretativa. La Corte, en la sentencia 197/2002, estableció que la citada reforma «*obliga al intérprete a una opción hermenéutica conforme a la evolución del sistema normativo*» y que «*la aplicación de tales principios obliga por lo tanto a interpretar la denunciada norma en el sentido, conforme a la Constitución, que la indemnización corresponde, en cada caso, a la duración total de cinco meses*»[51]. Con esta sentencia la Corte, en los hechos, invoca a los jueces a inaplicar la ley inconstitucional, en los casos en los que la ilegitimidad, sea *ictu oculi* reconducible a una «imprevisión involuntaria» normativa de parte del legislador. De este modo la Corte «salta» uno de los pasajes en el normal procedimiento de adaptación del ordenamiento a la Constitución, acortando los tiempos para la actuación del derecho en el caso concreto. Sin embargo, donde el contraste entre ley y la Constitución es más difuso, los casos en los que la Corte Constitucional ha buscado de imponer esta «vía abreviada» también han suscitado tensiones entre Corte Constitucional y Corte de Casación que parecen en este punto calmados[52].

IV

Llegado a este punto, podemos intentar extraer algunas reflexiones de síntesis. El centro de análisis utilizado en este ensayo para comprender la justicia constitucional ha estado focalizado en aquello de la concreta actuación de los derechos en vía directa a través de las sentencias de las Cortes. En todos los sistemas, el órgano competente para la tutela de la constitucionalidad de las leyes desarrolla además la función de garantía de los derechos. El grado de tutela directa e inmediata para el individuo puede no obstante variar desde una medida mínima, cuando la Corte se limita a garantizar que el ordenamiento jurídico (para los sistemas que conocen sólo el control de constitucionalidad sobre los actos normativos), o la actividad de los poderes públicos (para los sistemas que además del control sobre las leyes, cono-

51. En el mismo sentido véase también la sentencia 495/2002 relativa a la indemnización por maternidad de las trabajadoras autónomas.

52. Se hace referencia a la sentencia cost. 243/2003 y aquellas que no son seguidas, sobre esto véase. S. Bagni, L. Pegoraro, *Le decisioni processuali sono fonti normative del processo costituzionale?*, en *El codigo procesal constitucional (Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde)*, Editorial Grijley, Lima, 2006; R. Romboli, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2002-2004), cit., p. 119 ss

cen de recursos directos contra actos ejecutivos, jurisdiccionales, o incluso, de actos de particulares), no sean contrarios a los preceptos constitucionales, desarrollando en consecuencia, un control negativo, de tipo sancionatorio; hasta una medida máxima, cuando la Corte persigue el objetivo de vigilar las actuaciones concretas de parte del Estado en el marco constitucional y, por tanto, desarrolla una actividad en sentido positivo dictando los principios y ordenes de actuación directa de parte de los jueces en los casos pendientes y futuros, sin esperar la intervención del legislador. La diferencia no depende, desde mi punto de vista, del tipo de organización de las fuentes del ordenamiento (*civil law o common law*), sino más bien de la pertenencia o no de la Corte al Poder Judicial. Del análisis del comportamiento de los elementos que inciden en la tutela de los derechos pareciera en cambio importante la extensión de la eficacia vinculante de las sentencias constitucionales y el poder de la Corte sobre la ejecución de las mismas.

El caso italiano sería el único desde mi punto de vista, que formalmente debería ser puesto en la categoría de la tutela mínima (estando la vinculatoriedad de la sentencia limitada a la parte de aquellas de acogimiento y no estando prevista alguna norma sobre la ejecución de la misma), mientras de hecho sí está demostrado gracias a las «maniobras» jurisprudenciales, los niveles más altos de tutela de los derechos. También si la doctrina contextualiza la naturaleza de fuentes de los tipos de sentencias constitucionales, la Corte tiene en más ocasiones rebatido los principios que ella determina ingresan a pleno título entre las normas del ordenamiento, como ocurre en los Estado Unidos. Así en la sentencia 28/2004 y en la ord. 153/2004, se lee que «*por efecto de sentencias anteriores – y en particular de la 477/2002- resulta ya presente en el ordenamiento procesal civil, entre las normas generales sobre las notificaciones de los actos, el principio según el cual…*» (subrayado mío). La jurisprudencia constitucional por tanto, crea normas generales: el sistema italiano se desarrolla por vía hermenéutica en dirección no sólo del ordenamiento estadounidense, que ya presupone estos efectos, sino también de otros ordenamientos del *civil law*, en los cuales estas características si son adaptadas perfectamente a la forma de Estado y de gobierno en los que existen.

En fin, también en el viejo continente se asiste a la evolución de los modelos originarios de justicia constitucional. Mientras en Europa del Este y en América Latina, esto ocurre sobretodo a través de reformas constitucionales y legislativas y la hibridación del derecho autóctono, en los ordenamientos occidentales la circulación de los modelos es sobretodo jurisprudencial. Esto ha generado no sólo innegables desarrollos que en muchos casos transforman a los modelos originarios mismos, sino que convierte al propio tiempo a la ciencia comparatista en una herramienta ineludible para comprender los modelos ya no en su dimensión estática ni geográfica, sino en su dimensión dinámica que está siempre abierta al cambio y la innovación.



Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año I - N.º 2 - agosto - diciembre, Lima, 2005

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

- Resumen de las sentencias en materia de procesos de amparo. (Semestre: agosto - diciembre, 2005)
- Resumen de las sentencias de procesos de inconstitucionalidad (Semestre: agosto - diciembre, 2005)

Resumen de las sentencias en materia de procesos de amparo (Semestre: agosto - diciembre, 2005)

Se destacan en esta sección las decisiones que, en forma de Resoluciones (Autos) o Sentencias, desarrollan principios o constituyen interpretaciones trascendentes para el orden jurídico y para las instancias judiciales a la hora de asumir la defensa de los derechos fundamentales a través del Proceso Constitucional de Amparo.

A partir de la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional (01-12-2004), el Tribunal ha venido precisando algunos de sus alcances. Esto se ha podido percibir ya con más incidencia durante el segundo semestre de 2005. En el presente reporte, vamos a tratar de resumir algunas de estas decisiones, empezando por las referidas a temas netamente procesales o de aplicación del propio Código y luego pasando a la revisión y resumen de temas de naturaleza material, referidos a derechos fundamentales concretos.

I) TEMAS DE CARÁCTER PROCESAL.

I.1. Aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional (Exp. 4101-2004-HC/TC, publicado el 02.09.2005)

La aplicación inmediata del CPC a los procesos en curso, no ha sido asumida por el Tribunal en forma abstracta y generalizada como pareciera sugerir la Segunda Disposición del propio Código que, en efecto señala que, «(...) las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado». El Tribunal en muchas de sus decisiones ha optado por aplicar las normas vigentes al momento en que se planteó la demanda, por que según el criterio adoptado, ello resultaba más beneficioso a la tutela procesal efectiva prevista también en la Constitución (artículo 139º)

En esta dirección, en la sentencia producida en el Exp. 4101-2004-HC/TC, el Tribunal prefirió aplicar las normas ya derogadas contenidas en la Ley 23506, debido que, las reglas contenidas en el CPC resultaban para el caso, «más gravoso para la persona, al incluir nuevos supuestos que afectarían los derechos fundamentales que buscan ser protegidos, sobre todo en relación

al tipo de resolución judicial que puede ser recurrido, según lo establece el artículo 4° del Código Procesal Constitucional: «El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva».

El Tribunal sostuvo que, «Como en el presente caso no existe resolución judicial firme, es de preferencia, como ya se señaló, la Ley N.° 23506». En realidad este criterio ya había sido sostenido en enteriores oportunidades. Así en el Exp. 4107-2004-HC/TC, publicada el 25.05.2005, el Tribunal sostuvo que «que si bien la citada disposición legal (se refiere a la Segunda Disposición Final del Código) permite interpretar que un proceso constitucional en curso, como el de autos, puede comenzar a ser regido por una nueva ley procesal, ello habrá de ser posible siempre que tal regulación suponga una real vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que en principio debe ser apreciado atendiendo a las particularidades de caso en concreto».

En el caso en referencia, el Tribunal estableció de manera indubitable que «una regla de procedibilidad tan restrictiva como la prescrita en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, debe ser correctamente interpretada y morigerada en virtud del principio pro *homine*, que postula que los preceptos normativos deben sujetarse a una interpretación que optimice el derecho constitucional y reconozca una posición preferente a los derechos fundamentales». De este modo precisó algunos criterios que operan como expeción a la regla de la aplicación inmediata contenida en la Segunda Dispoción Final del CPC.

Para el efecto, el Tribunal acudió a un criterio de aplicación analógica, invocando la jurispurdnecia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988. Corte I.D.H.,Caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989.Corte I.D.H., Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, sentencia de 15 de marzo de 1989)*, de los cuales extrajo los siguientes crieterios de excepción:

«a) que no se haya permitido al justiciable el acceso a los recursos que depara el proceso judicial de la materia, b) que haya retardo injustificado en la decisión sobre el mencionado recurso, c) que por el agotamiento de los recursos pudiera convertirse en irreparable la agresión, d) que no se resuelvan los recursos en los plazos fijados para su resolución»(fj 6º)

A partir de estos criterios, el Tribunal ha venido reiterando el criterio según el cual, la aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional opera como regla general, siempre que ello no afecte de modo desproporcionado el acceso a la jurisdicción constitucional por parte del accionante. (véase entro otros los siguientes expedientes Nº 3778-2004-AA/TC; 4241-2004-AA/TC; 2939-2004-AA/TC; 0616-2005.HC/TC)

I.2. Vía paralela (Exp. 3165-2004, publicado el 11.08.2005)

El Tribunal Constitucional formuló una interpretación del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, referido a las denominadas «vías paralelas», en la sentencia recaída en el expediente N.° 3165- 2004-AA. Se trata de un Amparo interpuesto por Tomás Gutierrez Palomino contra la Junta Liquidadora de la Empresa Nacional Pesquera S.A., Pesca Perú, solicitando que se cumplan los Convenios Colectivos de los años de 1983 y 1984 y que, consecuentemente, se le abonen los incrementos derivados de los mencionados convenios. La parte demandada contestó afirmando que con anterioridad el demandante inició un proceso laboral en la vía ordinaria con el mismo petitorio, por lo cual debe declararse la improcedencia de la demanda, conforme el artículo 6°, inciso 3), de la Ley N.° 23506.

El Tribunal ha precisado, en el fundamento jurídico 2º de esta sentencia, que el artículo 5° numeral 3 del Código Procesal Constitucional hace referencia a la Vía paralela, cuando dice que los procesos constitucionales no proceden en caso de que el agraviado haya optado por recurrir previamente a otro proceso judicial para pedir tutela de su derecho constitucional. Define a esta vía como *aquella vía que satisface la defensa de un derecho constitucional y que, en virtud de ello, consigue la reposición de las cosas al estado anterior a la violación de derechos constitucionales. (Segundo párrafo de los fundamentos).*

A continuación, formula una interpretación de la norma bajo comentario, señalando los requisitos que deben cumplirse para que opere dicha causal de improcedencia de los procesos constitucionales: este *Tribunal considera que la causal de improcedencia regulada en el artículo 5°, inciso 3), del Código Procesal Constitucional, solo opera cuando el proceso ordinario sea seguido entre las mismas partes; exista identidad de hechos y se persiga el mismo tipo de protección idónea y eficaz que el amparo brinda.* (FJ. 2º).

Por tales motivos, declaró improcedente la demanda, en vista de que en el caso sometido a su análisis se acreditó la existencia de proceso laboral previo entre las mismas partes.

I.3. Vías igualmente satisfactorias para proteger el derecho al trabajo y derechos conexos.

Se trata de la sentencia recaída en el expediente N° 206-2005-PA/TC, del 28 de noviembre de 2005. El Tribunal Constitucional conoció del caso vía el recurso de agravio constitucional interpuesto por César Antonio Baylón Flores contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró infundada la acción de amparo que interpuso contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. El demandante solicitó se declare inaplicable

la carta notarial por la cual se le despedía de la empresa y que se lo reponga en su respectivo puesto, con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir más una indemnización por daños y perjuicios. Sus argumentos consistieron en que no se hizo una adecuada calificación de la causa justa de despido y que no se observó el principio de inmediatez, pues el despido se produjo mucho tiempo después de la fecha en que ocurrieron los hechos por los cuales fue despedido. Agregó que tales actos vulneran sus derechos constitucionales al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y al debido proceso.

En la sentencia bajo comentario, se estableció un conjunto de criterios jurisprudenciales para la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, referidos a las vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional al trabajo y derechos conexos. La sentencia diferencia sus criterios para el régimen laboral privado y el régimen laboral público.

Los criterios para el régimen laboral privado son los siguientes:

Las vías jurisdiccionales ordinarias se constituyen en vías idóneas para obtener la adecuada protección de los derechos y libertades constitucionales. Consecuentemente, sólo en los casos de que tales vías no resulten satisfactorias, eficaces o idóneas para tales fines, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales previamente analizadas, podrá acudirse a la vía del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba que demuestre que el amparo es la vía idónea y eficaz, y no el proceso ordinario (Fundamentos 5 y 6).

Dado que el derecho a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone una indemnización o reposición a elección del trabajador, en caso de que por la vía judicial no sea posible cualquiera de ellas, el amparo será la vía idónea para ello. De igual modo, el amparo será la vía idónea en casos de despido fraudulento cuando el demandante acredite indubitablemente que existió fraude (atribución de faltas inexistentes) y en casos de despidos nulos, para lo cual ratificó los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco (Fundamentos 7, 8 y 9).

La libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva , también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten, así como las actividades que desarrolla los sindicatos y sus afiliados para garantizar el desempeño de sus funciones sindicales. Reconoce también una protección para los dirigentes sindicales, en la medida en que *detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus*

dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado. (Fundamentos 12 y 13). En consecuencia, establece la vía del amparo como una alternativa para tutelar esta libertad: *Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos. (Fundamento 14).*

El amparo es consagrado como vía idónea en los casos de despidos originados en la discriminación por razones de raza, sexo, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, por motivos de embarazo, estado civil, ejercicio de la licencia de maternidad, por impedimentos físicos. *Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.* (Fundamentos 15 y 16).

El Tribunal Constitucional establece un conjunto de supuestos en los que la vía idónea para tutelar los derechos afectados es la vía jurisdiccional ordinaria, siendo de competencia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo para ello. Por lo tanto, en caso de interponerse acciones de amparo en tales supuestos, deberán declararse improcedentes. El Colegiado resume su posición al señalar que: *...aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo.* (Fundamento 20).

Dichos supuestos, conforme a lo prescrito por el artículo 4° y 4.2 de la Ley Procesal del Trabajo, son los siguientes (Fundamentos 17 y 18):

a) Impugnación de despido (sin reposición).

b) Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia.

c) Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.

d) Pago de remuneraciones y beneficios económicos.

Los criterios esgrimidos para el régimen laboral público son los siguientes:

El Tribunal estimó en su Fundamento 21 que la vía idónea para resolver pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, porque permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares. Esta vía es la adecuada e igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo (Fundamento 22). Lo mismo sucederá con los nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N.º 27803, entre otros (Fundamento 23). De ahí que la acción de amparo proceda sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea,.... así como ....para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental. (Fundamento 24).

El Tribunal Constitucional sentó este conjunto de criterios procesales en materia laboral tratando de que se llegue a una situación en que el proceso de amparo termine sustituyendo a los procesos judiciales laboral y contencioso administrativo, restándoles eficacia y desnaturalizando la finalidad para la que el amparo fue creado: ser una herramienta de tutela urgente, extraordinario, residual y sumario. (Fundamento 25) Finaliza declarando en su parte resolutiva que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, previstos en los fundamentos 7 a 25, supra, constituyen precedente vinculante inmediato, en consecuencia, toda demanda de amparo presentada a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial El Peruano, o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, deberá ser declarada improcedente.

1.4. Amparo contra normas autoaplicativas y agotamiento de la vía previa (Exp. 2302-2003, publicado en la web del TC el 30 de junio de 2005)

Se trata de la Sentencia del TC expedida en el Expediente N° 2302-2003, publicada en la página web del Tribunal el 30.06.05. El recurrente so-

licita la inaplicación de dos normas: una con rango de ley (Decreto Legislativo Nº 776, referido al Impuesto a los Juegos); y, otra norma con rango infralegal (Decreto Supremo Nº 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas), por considerar que las referidas normas vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, a la propiedad, a la iniciativa privada, a la no confiscatoriedd de los tributos y al respeto del principio de legalidad.

Alega que se encuentra exceptuado de agotar *la vía previa, puesto que se trata de normas autoaplicativas, y, además porque de acuerdo a jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* «la vía previa no se encontraba regulada, y, por lo tanto no es exigible, cuando se cuestionen los efectos de un Decreto Supremo que ha sido dictado contraviniendo lo dispuesto en el artículo 74° de la Constitución» (STC 489-2000-44/TC, STC 930-2001-AA/TC, STC 323-2001-AA/TC, STC 022-2000-AA/TC).

Por su parte, la emplazaba afirma que no se tratan de normas autoaplicativas y que debería declarase improcedente la demanda por falta de agotamiento de la vía administrativa, sustentando su posición en la STC 1266-2001-AA/TC donde también se cuestionó el inciso a) del Decreto Supremo N° 095-96-EF, y la cual señaló: «*...en el caso de autos, no se trata de una norma con rango, valor o fuerza de ley, sino de una norma infralegal, es decir, de un nivel jerárquicamente inferior al de la ley, cuyo control de validez sí están obligados a efectuar los tribunales administrativos*».

El Tribunal Constitucional ante un caso de doble criterio jurisprudencial sobre el agotamiento de la vía previa, estableció un precedente vinculante respecto al tema en controversia. En consecuencia, declaró:»

a) Cuando se cuestionen actos concretos de aplicación de una norma reglamentaria -Decreto Supremo- directamente contraria a la Ley e indirectamente contraria a la Constitución, será necesario agotar la vía previa; b) la excepción a la regla precedente, serán los casos de afectaciones por normas autoaplicativas, en cuyo caso, el juez constitucional deberá fundamentar las razones de tal calificación».

La excepción establecida por el Tribunal Constitucional en su precedente vinculante resulta lógica, pues no puede exigirse el agotamiento de la vía previa de normas autoaplicativas porque *«...al ser susceptibles de afectar derechos fundamentales con su sola vigencia, el transito por esta vía podría convertir en irreparable la agresión. Más aún, al no requerir actos concretos de afectación, haría inviable un pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo».*

Así pues para el caso concreto, el Tribunal Constitucional concluyó que el recurrente cuestionaba normas tributarias del tipo autoaplicativas, debido a que *«...en la medida que el demandante sea sujeto pasivo del tributo se configure en su caso el hecho imponible de la norma, la misma ya le es exigible, es decir, ya se encuentra obligado al pago sin esperar que la administración desemboque su actuación administrativa para ejercer la cobranza de la deuda. Este será un caso de excepción a la regla del agotamiento de la vía previa»*. Por lo tanto, declaró procedente la demanda y pasó a resolver la cuestión de fondo.

II. TEMAS DE CARÁCTER SUSTANTIVO

1. Los ámbitos constitucionalmente protegidos del derecho a la pensión (Exp. 1417-2005-AA/TC, publicado el 12-07-2005)

Esta decisión, si bien se ha producido en el primer periodo de 2005, sin embargo se reproduce aquí el resumen dada su trascendencia en la definición del contenido escencial de los derechos a que se refiere actualmente el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional com causal quizá más relevante para admitir o rechazar una demanda de amparo. El Tribunal en su afan de delimitar el contenido constitucionalmente protegido en el caso de autos (derecho a la pensión) realizó importantes acotaciones en torno a la teoría de los derechos fundamentales y su implicancia en la defensa que realiza el TC.

Se trataba del recurso de agravio constitucional interpuesto por Manuel Anicama Hernández contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente en grado una demanda de Amparo contra la ONP, interpuesta con el fin de que se declare nula la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 2 de agosto de 2002, por vulnerar su derecho fundamental a la pensión al resolvió denegar su solicitud de pensión de jubilación adelantada.

El Tribunal parte por establecer que los derechos fundamentales no se agotan, o no están delimitados por lo que se establece en la Constitución. La idea de derechos de sustento constitucional directo hacen referencia no sólo a aquellos formalmente consagrados en el texto constitucional, sino además, a aquellos derivados de una protección material de los derechos, lo que implica la inclusión de derechos consagrados en tratados internacionales como a aquellos integrados por vía interpretativa, conforme a la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, y los contenidos esenciales de algunos derechos desarrollados por vía legislativa (Fundamento 9).

En segundo lugar, reconoce el carácter exigible de los derechos fundamentales que requieren desarrollo legislativo: *Los derechos fundamentales cuya*

configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental. (Fundamento 12).

En tercer lugar, establece la diferencia entre derechos fundamentales de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos denominados prestacionales o de preceptividad diferida, progresivos o programáticos. Entre los segundos se hallan los derechos económicos, sociales y culturales que requieren de *un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena.* (Fundamento 13) Requieren, por ende, una previa configuración e implementación legal.

Establece la necesidad de que el contenido esencial de los derecho fundamentales no sea determinado *a priori,* sino derivado de un análisis sistemático de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce, siendo uno de la mayor importancia el principio-derecho de dignidad humana (Fundamento 21).

Siguiendo la teoría de los derechos y posiciones de derechos formulada en la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy, el Tribunal incorpora en su jurisprudencia las diferencias entre disposiciones de derecho fundamental, normas de derecho fundamental y posiciones de derecho fundamental. Las primeras son *enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona.* Las segundas son *sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones.* Mientras que las terceras son *exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad* (Fundamento 24). Los derecho fundamentales en sentido estricto se encuentran dentro de este tercer grupo.

Considerando ello, establece ciertas exigencias a cumplir en un proceso constitucional sobre pretensiones a hacerse valer en reclamo de la aplicación de una determinada disposición que reconozca un derecho fundamental:

a) dicha pretensión debe ser válida, esto es, consecuencia de un sentido interpretativo (norma) que sea válidamente atribuible a la disposición constitucional que reconoce un derecho y b) a que en casos de pretensiones válidas, éstas deriven directamente del contenido esencial de un derecho protegido por una disposición constitucional. *Contrario sensu*, será improcedente cuando la titularidad subjetiva afectada tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infraconstitucionales.

En cuanto al tema de la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, el Tribunal asume posición respecto a que se deriva de un análisis sistemático de la disposición constitucional pertinente (artículo 11º) y de los principios y valores que lo informan: el principio-derecho de dignidad y los valores de igualdad material y solidaridad. (Fundamento 36). De ese modo, el contenido esencial del derecho a la pensión en tanto derecho de configuración legal y tutelable por la vía del Amparo se delimitará sobre la base de los siguientes lineamientos jurídicos:

a)...forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.

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

c) ....forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un mínimo vital, es decir, «aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.» (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

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

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

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

g) Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, *prima facie*, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria. (Fundamento 36).

Finalmente, un tema destacable en la sentencia que se resume es que el Tribunal compele a los poderes públicos a tener presente que las afectaciones en materia pensionaria tienen calidad de vulneraciones continuadas, pues se producen mes a mes, no existiendo posibilidad de rechazar reclamos o demandas que versen sobre esta materia, bajo el argumento del vencimiento de plazos prescriptorios o de caducidad (Fundamento 59).

2. Overruling en el tema de Ratificación de magistrados por parte del Consejo Nacional de la Magistratura (Exp. 3361-2004-AA/TC, publicado el 16.12.2005)

El tema de la ratificación ha sufrido un cambio importante en las consideraciones el TC a partir de la decisión producida en el Exp. Nº 3361-2004-AA/TC, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 16 de diciembre de 2005. Se trataba de una Acción de Amparo interpuesta por Jaime Amado Álvarez Guillén contra la Resolución N° 381-2002-CNM del Consejo Nacional de la Magistratura, por la cual este órgano decidió no ratificarlo en el cargo de vocal superior, dejando sin efecto su nombramiento y ordenando la cancelación de su título, sin fundamentación alguna. El demandante alegó que con ello se producía la afectación de su derecho de defensa y el principio de inamovilidad de los jueces.

El Tribunal Constitucional declaró Infundada la demanda, argumentando que al momento de realizar el procedimiento de ratificación para el presente caso, el CNM actuó conforme a las normas vigentes e interpretándolas adecuadamente, no demostrándose violación de derechos constitucionales invocados por el demandante. No obstante, modificó los criterios que anteriormente había establecido para la resolución de este tipo de casos, señalando que serán precedentes vinculantes los fundamentos 7 y 8, 17 a 20 y 26 a 43 de la sentencia.

La técnica a la que apela el Tribunal para el cambio de precedente es la del *Prospective overruling*, proveniente de la tradición jurisprudencial norteamericana: El Tribunal considera que «*...la técnica del overrruling permite cambiar un precedente en su «núcleo normativo» aplicando el nuevo precedente, ya sea al caso en análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (prospecting overruling)* (Fundamento 5), siempre que previamente se advierta a la comunidad del cambio, para así evitar modificaciones repentinas de reglas válidas. El cambio jurisprudencial consiste en la afirmación de la procedencia de los procesos constitucionales respecto a resoluciones definitivas del CNM cuando éstas sean inmotivadas o cuando hayan sido emitidas sin audiencia del interesado.

2.1. Las funciones que cumple la ratificación por parte del CNM

En la referida sentencia, el Tribunal desarrolla las razones constitucionales que hacen compatible la función que la Constitución encomienda al Consejo Nacional de la Magistratura referida a la ratificación de magistrados, con la independencia y autonomía del Poder Judicial a la que también se refiere la propia Constitución (arts. 139.2). En este sentido el Tribunal ha considerado que el Proceso de ratificación antes que disminuir, más bien refuerza la

independencia de los magistrados, al sostener que la ratificación cumple por lo menos las siguientes funciones:

a) La ratificación renueva el compromiso y la responsabilidad de la magistratura.- Si la independencia es la garantía política para predicar la imparcialidad de la justicia en cualquier sistema, la responsabilidad es su contrapartida por excelencia. Responsabilidad implica una serie de compromisos en la labor de la magistratura, compromisos que van desde la lealtad a la Constitución y sus valores, hasta la imprescindible solvencia moral con que debe actuar en el ejercicio de las funciones. Es la responsabilidad con que actúa cada día un magistrado, lo que permite contrastar públicamente su independencia(...)

b) La ratificación es un mecanismo de control al ejercicio de la función pública del magistrado.- Los jueces y fiscales, no hay que olvidarlo, son ante todo funcionarios públicos; en consecuencia, las garantías de independencia y permanencia en el cargo no pueden imponerse para mantener una magistratura ineficiente, irresponsable o corrupta. Es razonable suponer que en este universo amplio de personas, no todas mantengan en el tiempo un ejercicio impecable. La función jurisdiccional tiene, además, una serie de otras variables que no están presentes en el control de otras funciones públicas. En consecuencia, la institución de la ratificación no es incompatible con el modelo de Estado Democrático donde se respeta la división de poderes. (...)

c) La ratificación incentiva la sana competencia en la carrera judicial.- Ejercida con respeto a los derechos y garantías constitucionales, la ratificación puede ser también un mecanismo eficiente de gestión del personal jurisdiccional. Los estudios sobre la materia muestran la importancia de que en toda corporación existan mecanismos de renovación y de retroalimentación de los valores y principios que se exigen para el cumplimiento de las metas de la organización y que estos mecanismos sean constantes. Es claro que la organización judicial y fiscal es una corporación donde el recurso humano es fundamental; en esta dimensión es donde actúan los mecanismos de selección permanente de tal modo que, antes que depuración, la ratificación puede entenderse también como un mecanismo para la optimización del recurso humano teniendo como una meta clara contar siempre con los mejores elementos para cumplir con éxito los fines últimos de la organización de la justicia a la que, como funcionarios públicos, sirven los jueces y fiscales. Esto permite, por otro lado, la creación de una cultura de la sana competencia dentro de la organización judicial, que a través de este tipo de procesos puede hacer públicos los perfiles de la magistratura que requiere el Estado social y democrático de derecho, generando señales claras sobre el modelo de juez o fiscal, así como sobre las competencias que se requieren para permanecer

en el cargo. Desde luego, ello no es posible, por ejemplo, en un esquema donde no se publicitan ni los procesos ni las decisiones de quienes ejercen dicha función.» (Fundamento jurídico 16º)

d) La ratificación fomenta la participación ciudadana en la gestión del servicio de justicia.- Al ser un proceso público, la ratificación de magistrados se presenta también como una oportunidad para que la ciudadanía pueda reivindicar al buen juez o pueda acusar directamente, y con las pruebas debidas, al juez incapaz, deshonesto o corrupto. La crítica ciudadana a la función pública es un elemento fundamental en el fortalecimiento de las instituciones de la democracia participativa. Un modelo abierto a la participación del pueblo como es el Estado social y democrático, no puede desperdiciar un momento como este para que la magistratura dé cuenta pública de sus funciones cada siete años. Eso sí, el sistema debe permitir que el magistrado responsable, capaz y honesto, espere sin temor ni incertidumbre de lo que pueda ocurrir con su destino funcionarial luego del proceso de ratificación. La sociedad peruana, que ha vivido en los últimos años con las puertas del poder público poco permeables a la crítica pública, necesita abrir espacios de diálogo entre el ciudadano y la función pública.

A continuación, el Tribunal formula la necesidad de establecer nuevos parámetros a utilizar en los procesos de evaluación y ratificación de magistrados, los cuales amplían el margen de motivación de las resoluciones del CNM. Se proscribe el carácter subjetivo de la evaluación realizada por el CNM a favor de una decisión con alto componente objetivo, sobre la base de parámetros aprobados por el nuevo Reglamento de Evaluación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, como son la calificación de los méritos y la documentación que los sustenta, la apreciación del rendimiento en calidad de resoluciones y publicaciones, el análisis de los avances profesionales, la evaluación de su conducta, el examen opcional de la situación patrimonial, la revisión y sustentación por parte del evaluado de diez decisiones jurisdiccionales adoptadas y consideradas por él como importantes, y evaluaciones psicosométrica y psicológica.

En la misma decisión, el Tribunal Reconoce, como expresión del derecho de acceso a la información procesal, un conjunto de prerrogativas que acuden al magistrado sometido a evaluación por parte del CNM: *De esta argumentación genérica se desprende que todo magistrado sujeto a ratificación tiene derecho al acceso de: a) la copia de la entrevista personal, por ser la audiencia de carácter público, a través del acta del acto público realizado, y no únicamente el vídeo del mismo; b) la copia de la parte del acta del Pleno del CNM que contiene la votación y acuerdo de no ratificación del magistra-*

do evaluado; y, c) la copia del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación (Fundamento 30).

Se establece así mismo, el derecho de los magistrados a contar con evaluadores imparciales e independientes, lo que significa la inexistencia de posiciones predeterminadas respecto a los evaluados, garantizando de ese modo la idoneidad para participar en la evaluación. Este derecho se compagina con la posibilidad de inhibición de los evaluadores o su recusación por parte de los evaluados, aunque en casos restringidos.

El Tribunal también se pronuncia sobre la necesidad del establecimiento de una instancia plural dentro del CNM en materia de procesos de ratificación de magistrados pues, dadas las graves consecuencias que acarrean estos procesos, se requiere que un órgano superior revise la decisión adoptada en un primer nivel. Esto guarda coherencia con el artículo 139 numeral 6 de la Constitución Política.

Finalmente, plantea un concepto de bloque de Constitucionalidad, proveniente de la experiencia jurídica francesa, que debe configurarse como el parámetro constitucional del procedimiento de ratificación de magistrados y cuya observancia se convierte en garantía de respeto de los derechos fundamentales de los magistrados sometidos a procesos de ratificación en el cargo y de los principios que resguardan el ejercicio adecuado de sus funciones: *Este bloque es un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución formal, figura a partir de la cual surge la fuerza normativa de la Constitución, que irradia a todo el ordenamiento jurídico* (fundamento 47).

3. Los fundamentos constitucionales del Proceso de Cumplimiento y los requisitos para exigir el cumplimiento de normas, actos administrativos y órdenes de emisión de resoluciones, por vía de Acción de Cumplimiento (Exp. Nº 0168-2005-PC/TC, publicado el 03.10.2005)

Se trata de la sentencia recaída en el expediente N° 0168-2005-PC/TC, publicada en la web del Tribunal el 03-10-2005, en la que se sentó una serie de criterios vinculantes referidos a la procedibilidad de la acción de Cumplimiento.

El caso se refiere a la contienda entablada por el señor Maximiliano Villanueva contra la Oficina de Normalización Previsional, para que ésta cumpla con determinar y ejecutar el pago de su pensión en conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 23908, que establece una pensión mínima no menor de 3 remuneraciones mínimas vitales, y reintegre las pensiones devengadas con sus correspondientes intereses legales. La ONP formuló su defensa argumentando que dicha norma fue derogada y que además no dispuso que fuera como mínimo tres veces más que el básico de un servidor público en actividad, que no se

equipara al ingreso mínimo legal, compuesto por el Sueldo Mínimo y bonificaciones. El demandante, ante ello, interpuso acción de cumplimiento contra la ONP ante el Primer Juzgado civil de la Corte Superior del Santa, que declaró fundada la demanda. Producida la apelación, se declaró improcedente la demanda aduciendo que el demandante no alcanzó el punto de contingencia antes del 19 de diciembre de 1992, fecha en que se derogó la referida ley.

El Tribunal Constitucional conocía el caso por la vía del recurso de agravio constitucional, declarando infundada la acción de cumplimiento, dado que al demandante se le reconoció el derecho a pensión a partir del 1 de diciembre de 1994; esto significa que el demandante alcanzó el punto de contingencia con posterioridad al 18 de diciembre de 1992, fecha en que la Ley N° 23908 fue derogada, por lo cual no le corresponde el beneficio de pensión mínima establecido en dicha norma.

En esta sentencia el Tribunal ha sido claro en determinar el objetivo que persigue la Acción de Cumplimiento: *ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) dé cumplimiento, en cada caso concreto, a una norma legal, o ejecute un acto administrativo firme; o 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución o dictar un reglamento* (Fundamento 13). En consecuencia, define el grado de compulsión a que la autoridad pública queda sujeta en virtud de este proceso constitucional, cuando señala que: *el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte* (Fundamento 16)

En cuanto al aspecto de la procedibilidad de la acción, el colegiado señaló una serie de requisitos mínimos que deben reunir las normas, actos administrativos u órdenes de emisión de resoluciones de las que se pretende obtener su cumplimiento: *a) Ser un mandato vigente; b) ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo, c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares. d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento y e) ser incondicional.* (Fundamento 14)

De manera adicional, establece ciertos requerimientos para el caso del cumplimiento de actos administrativos, amén de los anteriores: *f) reconocer un derecho incuestionable del reclamante y g) permitir individualizar al beneficiario* (Fundamento 14).

4. Concepto y delimitación del derecho de reunión

El derecho a reunión ha recibido un tratamiento interesante en la sentencia recaída en el expediente 4677-2004-PA/TC, referido a una Acción de Amparo interpuesta por la Confederación General de Trabajadores del Perú

(CGTP) contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que la declaró infundada la misma. La controversia se inicia cuando la CGTP interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, solicitando que se declare inaplicable el Decreto de Alcaldía Nº 060-2003, que declara zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección dentro del centro histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas, pues considera que vulnera sus derechos fundamentales de reunión y de participación política.

La sentencia es interesante porque en ella el Tribunal ha asumido una posición clara respecto al concepto y delimitación del derecho de reunión, así como su relevancia en épocas electorales y el modo en que interactúa con otros intereses tutelables, como los demás derechos fundamentales y, en especial, el libre tránsito. Estos aspectos se desarrollarán brevemente a continuación.

El Tribunal, luego de una interpretación teleológica del artículo 200º 2 de la Constitución, sostiene que el propósito de la norma es evitar que los procesos de amparo devengan en una vía en la que pueda enjuiciarse en abstracto la validez constitucional general de las normas tanto legales como infralegales o reglamentarias, con miras a expulsarlas del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, declara imposible evaluar la constitucionalidad del decreto de alcaldía cuestionado desde una perspectiva abstracta (Fundamento 2).

El derecho de reunión ha sido definido en el Fundamento 14 como: *«..la facultad de toda persona de congregarse junto a otras, en un lugar determinado, temporal y pacíficamente, y sin necesidad de autorización previa, con el propósito compartido de exponer y/o intercambiar libremente ideas u opiniones, defender sus intereses o acordar acciones comunes»*. El Tribunal ha complementado esta idea suscribiendo la posición asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consistente en que la libertad de expresión constituye uno de los mecanismos principales que aseguran el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación. (Fundamento 14).

El contenido constitucionalmente protegido de este derecho, desarrollado ampliamente en el Fundamento 15, abarca los siguientes aspectos:

Subjetivo: Es un derecho de titularidad individual, pero sólo ejercitable colectivamente, por un grupo de personas con fines en esencia comunes. Esta finalidad es la que permite distinguirlo de las simples aglomeraciones casuales de individuos a quienes no asiste tal identidad.

Temporal: Este derecho se ejerce mediante una manifestación temporal o efímera, incluso en supuestos en que la manifestación sea periódica. Tal característica permite distinguirlo del derecho de asociación, reconocido en el

artículo 2º 13 de la Constitución, al que inspira un ánimo de permanencia o, cuando menos, cierta continuidad temporal y que genera el surgimiento de una entidad jurídica.

Finalista: El requisito fundamental para su ejercicio es que la finalidad sea lícita, lo cual no sólo debe predicarse del propósito de la reunión, sino de los medios para que sea alcanzados. El mínimo daño intencionalmente provocado a los bienes o personas no forma parte del ejercicio válido del derecho, por lo cual los individuos involucrados en el evento dejan de encontrarse inmersos en el ámbito protegido del derecho cuando ello se produce, pudiendo ser reprimidos de forma inmediata, con medidas razonables y proporcionales por la autoridad pública.

Real o espacial: se ejerce en un lugar concreto. El artículo 2º 12 de la Constitución establece que los lugares pueden ser locales privados, locales abiertos al público, plazas o vías públicas. La selección del lugar es vital para el libre ejercicio del derecho, puesto que muchas veces éste sólo puede alcanzar su propósito en proximidad física de los reunidos con aquellas personas o entidades destinatarios de las ideas, reclamos, pedidos, etc. Sin embargo, esta elección no siempre puede quedar a discreción de la voluntad del celebrante, pues pueden ponerse en peligro determinados bienes constitucionalmente protegidos.

Eficacia inmediata: El hecho de que el artículo 2º 12 de la Constitución exija un anuncio previo a la autoridad para realizar reuniones en plazas y vías públicas puede llevar a la errónea impresión de que para el ejercicio del derecho es imprescindible la autorización previa de autoridad pública. Pero el derecho de reunión es de eficacia inmediata y directa, no requiere de ningún tipo de autorización previa para su ejercicio. En el caso de reuniones en plazas o vías públicas, se ha establecido un instrumento para armonizar su ejercicio con las eventuales restricciones a otros derechos que éste represente: la autoridad debe tomar noticia del evento con antelación suficiente a efectos de tomar providencias necesarias para que el derecho al libre tránsito (artículo 2º 11 de la Constitución) no se vea limitado más allá de lo necesario, habilitando vías alternas de circulación, además de adoptar las medidas necesarias para proteger a los manifestantes y asumir una conducta vigilante y proporcionalmente represiva frente a las eventuales afectaciones a la integridad personal de terceros o de los bienes públicos o privados.

Es importante indicar que el Tribunal valoró de modo particular la trascendencia de este derecho en el contexto electoral: los alcances de los límites a este derecho fundamental, deberán resultar particularmente restringidos en tiempos de elecciones, pues son épocas en las que la necesidad de la expre-

sión e intercambio de ideas, tanto de las agrupaciones políticas, en particular, como de la ciudadanía, en general, alcanza su punto más elevado. (Fundamento 19).

Asimismo, ha establecido límites y restricciones al derecho de reunión. Se permite a la autoridad prohibir su ejercicio *«por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas».* Desde luego, cuáles sean esos concretos «motivos probados» o los alcances específicos de lo que deba entenderse por «seguridad pública» o «sanidad pública», deberá ser evaluado a la luz de cada caso concreto. El Tribunal desarrolla además los alcances de la seguridad, salud y sanidad públicas, el orden público y respeto a los derechos y libertades fundamentales de terceros, como límites al derecho materia de análisis. En cuanto a ello, señala que la Seguridad Pública *no sólo queda referida a la seguridad ciudadana, sino también, en los términos de la Convención* (en referencia al artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos), *a la seguridad nacional. Asimismo, en el ámbito de la sanidad pública a la que hace alusión la Constitución, debe incorporarse la protección de la salud pública, en los concretos alcances que vengan justificados por las circunstancias específicas de cada caso. Y, finalmente, ... queda claro que los límites susceptibles de oponerse al derecho de reunión alcanzan a las razones de orden público y al respeto de los derechos y libertades fundamentales de terceros; como, por lo demás, viene impuesto a partir de una interpretación unitaria de la propia Carta Fundamental (principio de unidad de la Constitución)* (Fundamento 17).

El Tribunal ha establecido también que la prohibición del ejercicio del derecho a reunión debe realizarse por motivos debidamente probados, en respeto al artículo 2 numeral 12 de la Constitución. En ese sentido, señala que *No deben tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas.* Se complementa esto con el señalamiento de que la prohibición debe ser la ultima ratio de acción de la autoridad pública, debiendo preferir antes las medidas restrictivas (modificación del lugar, fecha, hora, duración o itinerario de la reunión) (Fundamento 18).

En lo referido a los espacios de ejercicio del derecho a reunión, el colegiado sostiene que las vías públicas son, por antonomasia, áreas destinadas al ejercido de otro derecho fundamental: el de libre tránsito (artículo 2º 11 de la Constitución). Empero, la inevitable restricción al derecho al libre tránsito que el ejercicio del derecho de reunión en una vía pública generará, en ningún caso podrá considerarse causa suficiente para prohibir el ejercicio del derecho de reunión, inclusive si se trata del Centro Histórico (Fundamentos 30 y 31). En tal sentido, pasa a evaluar las formas en que el derecho a reunión en el Centro Histórico puede ser

materia de restricción, atendiendo a los siguientes criterios: considerando la estrechez de las calles del Centro Histórico y la congestión vehicular en ciertas horas es constitucional la restricción de horarios específicos para las reuniones, a fin de proteger su ejercicio y a la vez respetar otros derechos fundamentales de terceros, como el libre tránsito y el derecho a la empresa; la PNP puede adoptar medidas represivas necesarias frente a reuniones en plazas o vías públicas cuando los celebrantes no cumplan con avisar previamente a la autoridad competente del objeto, lugar o recorrido, fecha u hora de la reunión; puede restringirse la reunión si afecta manifiestamente las normas administrativas que regulan los niveles máximos permitidos de incidencia acústica; en cumplimiento de normas penales correspondientes, podrá detenerse a toda persona que atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada, que públicamente hace la apología de un delito o que haya sido condenada como su autor o partícipe, que atenta contra el transporte público; que impide, estorba o entorpece el normal funcionamiento de los transportes en una vía pública ajena al lugar o recorrido programado para la reunión y, en fin, la que incurra en cualquier atentado contra el orden público, bienes o personas (Fundamentos 38 a 41).

La sentencia declaró fundada la demanda, ordenando a la Municipalidad de Lima a abstenerse de aplicar el inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML y el Decreto de Alcaldía N.º 060-2003, pudiendo restringir o prohibir el ejercicio del derecho de reunión atendiendo a los criterios señalados en la sentencia.

5. Derecho a la gratuidad de la enseñanza (Exp. 0606-2004-AA/TC , publicado el 16.08.2005)

El Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia recaída en el expediente N° 0606-2004-AA/TC, publicada el 16 de agosto de 2005, los alcances del derecho a la gratuidad de la enseñanza, con motivo de una acción de amparo interpuesta por Victor Manuel Otoya Petit contra la Universidad Nacional Federico Villarreal. El demandante afirmó que la emplazada le exigió el pago de cierta suma de dinero por concepto de pensión de enseñanza, en virtud a la Resolución C.R. N° 1193-2000, de fecha 17 de abril de 2000, emitida con posterioridad a la fecha en que el demandante había ingresado a la Universidad en la modalidad de segunda profesión, lo cual representa, entre otras cosas, una violación al derecho a la gratuidad de la enseñanza y a otros derechos constitucionales más como el debido proceso, la igualdad y el principio de no retroactividad de las normas.

El Colegiado señaló que el artículo 17 de la Constitución establece las condiciones para que el derecho a la gratuidad de la enseñanza sea garantizado en las universidades públicas: mantener un rendimiento satisfactorio y no contar con recursos económicos necesarios (Fundamento 13). En tal sentido, ha desarrollado el contenido de cada uno de tales requisitos, conforme la siguiente fórmula:

Cuando la Constitución prescribe como requisito mantener un rendimiento satisfactorio, éste debe ser verificado en un breve período en el que la Universidad pueda concluir que, efectivamente, hay un rendimiento académico de ese tipo. Lo razonable será un semestre o año académico, según como esté organizado el plan curricular de cada Universidad en particular. (...) Añadido inseparablemente a este requisito está el de la precariedad de los recursos económicos, pues ambas condiciones son consustanciales para la gratuidad de la enseñanza universitaria.

A partir de estos requisitos el Tribunal estima, en principio, que el hecho de que se trate de una segunda carrera profesional no supone la pérdida del derecho a la gratuidad, toda vez que conforme advierte el Tribunnal *«.... debe entenderse que el alumno, aunque sea por segunda carrera, tiene derecho a optar por becas o semibecas que alivien su carga económica y no se frustre sus deseos de superación profesional, pues es a través de estos mecanismos que el Estado garantiza la gratuidad de la enseñanza en las universidades públicas»* (Fundamento 13, tercer y cuarto párrafos).

En el caso específico, el Tribunal declaró infundada la acción de amparo, dado que el demandante no cumplió con demostrar la existencia copulativa de ambos requisitos *sine qua non* para efectos de exigir el derecho constitucional correspondiente. Es decir, según el Tribunal no acreditó tener buenas calificaciones y, al mismo tiempo, no carecía de recursos económicos.

6. Inconstitucionalidad de Decretos de Urgencia que suspenden importación de vehículos usados. Aplicación del principio Iura novit curia. (Exp. 708-2005-PA/TC publicado el 11.08.2005)

Se trata de la sentencia N° 708-2005-PA/TC, del 20 de abril de 2005, referida a una acción de amparo interpuesta por V.S. REPUESTOS DE CALIDAD S.A.C. contra la SUNAD, la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. La demanda tiene como fin la declaración de inaplicable de la Circular N.° INTA-CR-46-2002, emitida por la Intendencia Nacional de Técnica Aduanera el 28 de junio del 2002, por vulnerar los derechos constitucionales de igualdad ante la ley, a contratar librementeo con fines lícitos y a la libre iniciativa privada. Refieren las demandantes que la circular mantiene vigente la suspen-

sión de importación de vehículos automotores usados de peso mayor a 3,000 kilogramos y de motores, partes y repuestos de uso automotor, establecida por los Decretos de Urgencia N° 140-2001 y 006-2002. En consecuencia, solicitan se autorice dicha actividad.

El Tribunal estimó que la circular cuestionada fue expedida en aplicación directa y expresa de los Decretos de Urgencia 140-2001 y 006-2002, por lo que para analizar su presunta lesividad cosntitucional es necesario extender el análisis a los referidos decretos: *...aunque las empresas recurrentes solo hayan demandado la inaplicabilidad de la Circular N.° INTA-CR-46-2002, se hace necesario verificar si los Decretos de Urgencia 140-2001 y 006-2002 resultan compatibles o no con la Constitución y particularmente con los derechos que ella reconoce. Por lo tanto, debe interpretarse el petitorio de la demanda con un alcance mucho más amplio que el establecido expresamente en su contenido, asumiendo que lo que se solicita, en el fondo, es también la inaplicabilidad de los citados Decretos de Urgencia. Este modo de raciocinio, por lo demás, encuentra plena justificación en el principio iura novit curia previsto en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional* (Fundamento 2).

En el desarrollo de los fundamentos, el Tribunal apeló a una sentencia en la que trató los alcances del Decreto de Urgencia cuestionado. En efecto, en la sentencia N° 008-2003-AI/TC, el Colegiado señaló que *...la legitimidad de los Decretos de Urgencia debe ser determinada sobre la base de la evaluación de criterios endógenos y exógenos a la norma, es decir, del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas que justifiquen su dictado. En cuanto al primer tópico, el propio inciso 19 del artículo 118° de la Constitución establece que los Decretos de Urgencia deben versar sobre «materia económica y financiera* (Fundamentos 59, 60 y 61 de la Sentencia N° 008-2003-AI/TC).

Y en la sentencia que es materia de actual resumen afirmó que la materia económica, interpretada a la luz del principio de separación de los poderes, debe ser entendida como el contenido más que el continente del Decreto de Urgencia, pues, estrictamente hablando, *pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico, quedando, en todo caso, proscrita, por imperativo del propio parámetro de control constitucional, la materia tributaria.* Señala además que sería irrazonable entender que el contenido económico sea tanto el medio como el fin de la norma, pues en muchos casos, las medidas económicas buscan la consecución de otros fines, principalmente de índole social (Fundamento 7).

Estableció un conjunto de criterios a los que debe responder la emisión de los Decretos de Urgencia: a) Excepcionalidad, entendida como la intención de revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia dependa de datos fácticos previos antes de su promulgación y objetivamente identificables; b) Necesidad, consistente en que las circunstancias deben ser tales que el tiempo que demande la emisión de una ley ordinaria impida la prevención de daños o que los existentes se conviertan en irreparables; c) Transitoriedad, entendida como que las medidas adoptadas no deben prolongarse más de lo necesario para revertir la situación; d) Generalidad, consistente en que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos a intereses determinados, sino que deben alcanzar a toda la comunidad; y e) Conexidad: visible vinculación inmediata entre medida aplicada y circunstancias extraordinarias existente, lo que significa que la facultad de expedir Decretos de Urgencia no autoriza a incluir en él cualquier género de disposiciones (Fundamento 7).

Señaló también el Colegiado que las medidas extraordinarias y los beneficios derivados de la aplicación de un Decreto de Urgencia deben surgir de su propio contenido y no de acciones diferidas en el tiempo o de delegaciones normativas (Fundamento 7).

De este modo, conectando la Circular cuestionada con los decretos de Urgencia en referencia, estableció que, *«...en la medida en que la Circular N.° INTA-CR-46-2002 ha sido aprobada con la idea de concretizar los mandatos del artículo 1° del Decreto de Urgencia 140-2001, el solo hecho de que esta última norma no responda a los elementos que justifican su emisión de acuerdo con la Constitución, convierte la circular cuestionada en un elemento igual de inconstitucional, que, como tal, resulta evidentemente lesivo de los derechos fundamentales de las empresas recurrentes, particularmente los relativos a la libertad de contratación y a la libre inciativa privada. En dicho contexto, se hace correlativamente necesario disponer, junto con la inaplicabilidad de la citada circular, la del Decreto de Urgencia que le sirvió de origen.»* (FJ. 13º)

7. Jurisprudencia del TC en materia Tributaria

Durante el periodo que es objeto de resumen, la actividad del Tribunal ha seguido siendo trascendente en el afán de dar contenido a los derechos del contribuyente y delimitar las potestades de fiscalización de los órganos de la administración fiscal. El amparo ha seguido siendo una vía eficaz en este sentido, pues ha permitido evidenciar una vez más, que la vigilancia constitucional de la actuación recaudatoria o fiscalizadora de la

administración Tributaria es un espacio donde es siempre posible los excesos y la arbitrariedad. A continuación se resumen algunas de las decisiones más trascendentes:

a) Inconstitucionalidad de la regla Solvet et repete (Exp. 930-2004-AA/TC)

El Tribunal expidió la sentencia 930-2004-AA/TC publicada en la web del TC el 24 de agosto de 2005 resolviendo la demanda de amparo interpuesta por la empresa TRIPLAY IQUITOS S.A. contra la SUNAT de Iquitos, por la que solicitó la declaración de nulidad de las resoluciones del Tribunal Fiscal Nº. 02180-1-2002 y 10302-1-2001 y la resolución de Intendencia Nº 125-1-01457. Manifiesta que se con ellas se afectaron sus derechos al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y a la propiedad, pues no se le ha reconocido el beneficio de la exoneración tributaria a la que tiene derecho hasta el 31 de diciembre del 2000, según el artículo 71 de la Ley 23407; y por exigirle inconstitucionalmente el pago previo de la totalidad de la deuda tributaria para así poder acceder al contencioso-administrativo.

En sus fundamentos, el Tribunal aclara que las resoluciones impugnadas tienen su origen en la RTF 07964-1-2001 (24.9.01), por la que el Tribunal Fiscal las confirma en el extremo de que la exoneración tributaria de la que podía gozar la empresa TRIPLAY IQUITOS, según la Ley 23407 era únicamente hasta diciembre de 1997.

El Tribunal ha reiterado en esta oportunidad lo señalado en el fundamento 7 de la sentencia 3548-2003-AA respecto a la regla *Solvet et repete: «que se condicione el pago de la obligación tributaria para que se admita una demanda cuyo objeto sea iniciar un proceso en el que se cuestione la validez de su imposición, es un obstáculo serio de orden material para que el contribuyente pueda acudir a un Tribunal de justicia [...]»* (Fundamento 6).

En consecuencia, se pronunció en el sentido de que la exigencia de cancelar lo adeudado para poder acceder a la vía contencioso administrativa, afecta los derechos de acceso a la justicia e igualdad, por lo cual declaró, en este extremo, fundada la demanda, ordenando al Tribunal Fiscal que admita a trámite la demanda contencioso administrativa presentada por TRIPLAY IQUITOS S.A[1].

1. Debe advertirse que conforme al *Artículo 1º de la Ley N° 28365, que modificó el artículo 157 del Código Tributario, publicada el 24-10-2004, la demanda contencioso administrativa, ya no se presenta ante el Tribunal Fiscal sino ante la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva, dentro del término de tres (3) meses computados a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la resolución debiendo contener peticiones concretas. (N. del E.)*

b) No confiscatoriedad y proceso de amparo (Exp. 2776-2004-AA/TC, publicado el 05.10.2005)

El Tribunal reitera un criterio ya establecido con anterioridad respecto a la imposibilidad de que por la vía del amparo se cuestione, en abstracto, una norma denunciándola como confiscatoria. Se tratada en esta ocasión del cuestionamiento que hacía «Bingos Montecarlo SAC « respecto de algunos artículos de la ley Nº 27153, así como respecto de su ley Modificatoria la Nº 27796 por considerar que dichos dispositivos violaban los derechos de la recurrente a la propiedad, reserva de Ley, igualdad y fundamentalmente, el principio de no confiscatoridad.

Al resolver el caso, el Tribunal recuerda que si bien *«...declaró la inconstitucionalidad de dichos artículos, (se refiere a los artículos 38° y 39° de la Ley N.° 27153, STC 0009-2001-AI/TC), tomando en cuenta una combinación de factores, entre ellos, que con el nombre de impuesto a la explotación la metodología impositiva de la ley gravaba, en realidad, utilidades, por la excesiva alícuota del impuesto, y por el hecho de que recaía sobre una base fijada sin deducir los gastos realizados para la obtención de utilidades, las cuales, además, no eran consideradas como pago a cuenta para el Impuesto a la Renta».* No obstante, también precisa que *«Dichos dispositivos, luego de declarada su inconstitucionalidad, fueron sustituidos por el artículo 17° de la Ley 27796, modificándose la base imponible, reduciéndose la tasa de la alícuota de 20% al 12%, e incorporando la posibilidad de deducir gastos por mantenimiento».*

En su consideración más relevante, el Tribunal recuerda lo establecido en el Expediente Nº 2727-2002-AA/TC, donde se precisó *«que el principio de no confiscatoriedad tenía la estructura propia de lo que se denomina un 'concepto jurídico indeterminado'. Es decir, su contenido constitucionalmente protegido no podía ser precisado en términos generales y abstractos, sino que debía ser analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estuvieran obligados a sufragarlo; de modo que, si la empresa recurrente alega que, aun con las modificaciones establecidas, la supuesta confiscatoriedad del impuesto pervive en su caso, ha debido demostrarlo».*

De este modo el Tribunal concluyó que el proceso de amparo no ofrecía el espacio adecuado para que se realizaran complicadas operaciones de peritajes que determinen si la norma en cuestión resultaba o no confiscatoria en el caso de autos. En este sentido señaló que «...Para que se acredite de manera fehaciente la vulneración de derechos en este tipo de controversias, y tomando en cuenta que debido a la naturaleza del proceso no

es posible llevar a cabo un peritaje especial que demuestre la confiscatoriedad alegada en este caso; es necesario que los medios probatorios que se actúen, no sólo den certeza de las afectaciones económicas declaradas por los demandantes, sino que demuestren su relación con la aplicación del impuesto cuestionado; de igual forma, que no dejen duda en cuanto a la imparcialidad de quien elabora los estados financieros»., por lo que declaró infundada la demanda en cuestión.

c) Principio de No Consfiscatoriedad de Tributos: Confiscatoriedad por sumatoria de tributos. Carga Probatoria para demostrar la confiscatoriedad. (Exp. 2302-2003, publicado en la web del TC el 30 de junio de 2005)

Esta decisión ya la habíamos mencionado al referirnos a la cuestión previa en el proceso de amparo por impugnación de normas autoaplicativas. No obstante también respecto del fondo sus implicancias son importantes. En este caso el recurrente solicitó la inaplicación de los artículos 48° al 53° del Decreto Legislativo Nº 776, referido al Impuesto a los Juegos y el artículo 9°, inciso a) del Decreto Supremo Nº 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas, por considerar que las referidas normas vulneran sus derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, a la propiedad, a la iniciativa privada, a la no confiscatoriedd de los tributos y al respeto del principio de legalidad.

Alega que, al ser gravado por el impuesto a los Juegos (administrado por la Municipalidad), y, el Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas (administrado por la SUNAT), el pago de ambos tributos resultan confiscatorios a su propiedad, al gravar doblemente a una misma actividad comercial, lo cual le ha generado perdidas en el ejercicio 2000/2001; adjuntando, como prueba de ello, el estado de ganancias y perdidas de su empresa En diversas jurisprudencia el Tribunal Constitucional había señalado que *« (...) se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además ha considerado a esta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de constitución económica»* (STC N.° 2727-2002-AA/TC). En la misma sentencia, calificó al principio de confiscatoriedad como un «concepto jurídico indeterminado», pues *«su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino que debe ser analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo.*

En tal sentido, cabe analizar la confiscatoriedad de acuerdo a cada caso en concreto. Por tanto, al alegar el recurrente confiscatoriedad de tributos porque dos tributos gravan su actividad económica, cabe preguntarse ¿se vulnera el principio de no confiscatoriedad de manera automática, si una misma actividad sirve de base para gravar dos impuestos distintos?. La respuesta es negativa. Y es que, la capacidad contributiva de una persona es una sola (cuestión distinta a su expresión en diversas manifestaciones), y todos los tributos que recaen en el mismo contribuyente afectan un mismo patrimonio. En ese sentido, la confiscatoriedad no se configura por si misma si un mismo ingreso económico sirve de base imponible para dos impuestos, sino más bien, en estos casos, lo que deberá analizarse es si, a consecuencia de ello, se ha originado una excesiva presión tributaria sobre el contribuyente, afectando negativamente su patrimonio (...)las alegaciones de confiscatoriedad sea por un tributo excesivo o por doble o múltiple imposición, no son inconstitucionales por sí mismas; y, en cada caso, su afectación deberá evaluarse dependiendo de la situación económica de cada contribuyente».

En consecuencia, en el presente caso, para alegar la confiscatoriedad por la sumatoria de tributos, es necesario que el recurrente acredite la afectación real al patrimonio de la empresa. Y en este extremo, el Tribunal Constitucional coincide con el *a quo* y el *a quem* en desestimar la demanda; debido a que,»*...la empresa demandante anexa como medio probatorio para demostrar la confiscatoriedad en su caso, «un estado de ganancias y pérdidas comparativo» elaborado por la propia empresa (...) A nuestro juicio, el referido documento no puede ser admitido de ninguna manera como prueba fehaciente para acreditar la situación económica de la empresa y, por consiguiente, para demostrar la confiscatoriedad de tributos; en primer lugar, porque no pueden admitirse como medios probatorios válidos aquellos que representan autoliquidaciones del propio contribuyente, pues restan imparcialidad a lo declarado, en todo caso, están sujetos a revisión. Este es justamente el criterio bajo el cual, este Tribunal desestima como elementos probatorios válidos, las declaraciones juradas».*

El Tribunal Constitucional concluye señalando que, *«en los casos que se alegue confiscatoriedad, es necesario que la misma se encuentre plena y fehacientemente demostrada. De lo contrario, corresponderá atender este tipo de procesos en otra vía, donde sí puedan actuarse otros medios de prueba y proceda la intervención de peritos independientes que certifiquen las afectaciones patrimoniales a causa de impuestos».* Por lo tanto, desestimó la demanda por no haberse acreditado la confiscatoriedad por la sumatoria de tributos alegada.

1. Alcances del Principio de Reserva de Ley en materia tributaria

El recurrente solicita la inaplicación del artículo 9°, inciso a) del Decreto Supremo Nº 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas, por considerar que vulnera el principio de reserva de ley en materia tributaria, pues fija la tasa de impuesto mediante un norma reglamentaria, como es el Decreto Supremo, y no por Ley.

Antes de analizar el petitorio, el Tribunal Constitucional afirma que al existir confusión entre el principio de legalidad y el de reserva de ley, es necesario deslindar identidad entre ellos, señalando que *«...mientras que el principio de legalidad, en sentido general, se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes; la reserva de ley, por el contrario, implica una determinación constitucional que impone la regulación, sólo por ley, de ciertas materias».*

Continúa indicando que:*»En materia tributaria, el principio de legalidad implica, pues, que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, debe estar sometida no sólo a las leyes pertinentes, sino, y principalmente, a lo establecido en la Constitución. A diferencia de este principio, la reserva de ley significa que el ámbito de la creación, modificación, derogación o exoneración –entre otros– de tributos queda reservada para ser actuada mediante una ley. El respeto a la reserva de ley para la producción normativa de tributos tiene como base la fórmula histórica «no taxation without representation» – es decir, que los tributos sean establecidos por los representantes de quienes van a contribuir».*

El Tribunal Constitucional acepta que la reserva de ley en materia tributaria consagrada en la Constitución, es una reserva relativa, por lo que acepta admitir excepcionalmente derivaciones al Reglamento, cuando los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley. En otras palabras, *«...el grado de concreción de los elementos esenciales del tributo en la Ley, es máximo cuando regula el hecho imponible y menor cuando se trata de otros elementos; pero, en ningún caso, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia».*

Con respeto al cuestionado inciso a) del Decreto Supremo N° 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas, que fija la tasa del impuesto por derivación del artículo 61° del TUO de la Ley del Impuesto General a las Venta e Impuesto Selectivo al Consumo, que señala: *«Por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se podrán modificar las tasas y/o montos fijos...».* El Tri-

bunal Constitucional recuerda que en la STC N° 2762-2002-AA/TC, había declarado que a través del artículo 61°, antes citado, el legislador había dado carta abierta al Ejecutivo para que disponga las modificaciones de las tasas, constituyendo una remisión en blanco o deslegalización, *«permitiendo que sea la Administración la que finalmente regule la materia originalmente reservada a la ley, vulnerando con ello, además, el principio de jerarquía normativa».*

Concluyendo que en el caso concreto, sí se ha vulnerado el principio de reserva de ley al no haberse fijado topes para que la Administración establezca la tasa del impuesto; puesto que «*...en la medida que la alícuota también forma parte esencial del hecho imponible; debido a que el quantum del impuesto está directamente relacionado con el carácter no confiscatorio del impuesto, elemento que sólo puede estar regulado de manera clara y precisa en la ley. Lo que no obsta a que el Decreto Supremo pueda complementar al mismo, en el marco, por ejemplo, de topes máximos y mínimos que hubiera establecido la ley o de la forma de determinación del monto»;* declarando en este extremo fundada la demanda de amparo, y en consecuencia inaplicable al recurrente el inciso a) del artículo 9° del Decreto Supremo N° 095-96-EF.

Resumen de las Sentencias de Procesos de Inconstitucionalidad (semestre agosto-diciembre de 2005)

1.EXP. 00053-2004-PI/TC

12 de agosto de 2005 [1]

Demandante:

Defensoría del Pueblo.

Normas sometidas a control:

Ordenanzas Distritales N.os 142 y 143 (2004); 116 (2003); 100 (2002); 86 (2001); 70-2000-MM (2000); 57-99- MM(1999); N.° 48-98-MM (1998), y 33-97-MM (1997), que establecen y regulan el cobro de arbitrios por limpieza pública; parques y jardines; y serenazgo en la municipalidad distrital de Miraflores.

Bienes demandados:

Los principios de legalidad (ratificación dentro del plazo), no confiscatoriedad y capacidad contributiva, establecidos en el artículo N.° 74° de la Constitución.

El principio de no retroactividad de la ley, previsto en el artículos 103° de la Constitución.

Petitorio:

Se declare la inconstitucionalidad de las Ordenanzas Distritales N.os 142 y 143 (2004); 116 (2003); 100 (2002); 86 (2001); 70-2000-MM (2000); 57-99-MM (1999), 48-98-MM (1998), y 33-97-MM (1997).

Se declare la invalidez de los efectos jurídicos generados sobre la base de las ordenanzas cuestionadas.

La sentencia desarrolla las siguientes materias de relevancia constitucional:

· El marco constitucional de la potestad tributaria de los gobiernos locales desde el Bloque de Constitucionalidad.

· La declaratoria de Inconstitucionalidad de normas derogadas que aún no agotan sus efectos en el tiempo.

· El requisito de la ratificación como elemento esencial para la producción normativa de ordenanzas distritales sobre arbitrios y el plazo para su validez y vigencia.

1. Publicación en la página web del Tribunal Constitucional. www.tc.gob.pe

· La apreciación de razonabilidad para establecer los criterios de distribución del costo global por arbitrios.

· La capacidad contributiva como criterio de distribución de costos y el uso de autoavalúo.

· La verificación de confiscatoriedad en el caso de arbitrios.

· Los efectos en el tiempo de la declaratoria de inconstitucionalidad.

CONCLUSIÓN:

1. La demanda es declarada ***FUNDADA***, respecto de las Ordenanzas N.os 142 y 143 (2004), 116 (2003), 100 (2002), 70-2000-MM (2000), 57-99-MM(1999), 48-98-MM(1998), y 33-97-MM(1997).

2. La demanda es declarada ***FUNDADA en parte*** respecto de la Ordenanza N.° 86 (2001), en el caso de la determinación del importe de los arbitrios de limpieza pública y serenazgo, e ***INFUNDADA*** respecto al caso de la determinación de arbitrios de parques y jardines.

3. En el fallo se declara, también, que las reglas de observancia obligatoria, así como el fallo respecto a la no retroactividad en los efectos de esta sentencia, ***vinculan a todas las municipalidades del país***.

4. Esta Sentencia, al igual que la STC N.° 0041-2004-AI/TC (que desarrolla este mismo tema), tiene fuerza de ley, de modo que tiene calidad de cosa juzgada y las reglas vinculantes establecidas en ella son de obligatorio contenido.

2. EXP. 0042-2004-AI/TC

12 de agosto de 2005[2]

Demandante:

Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos.

Normas sometidas a control:

Artículo 54° del Decreto Legislativo N.° 776, Ley de Tributación Municipal, modificada por el Decreto Legislativo N.° 952, publicado el 3 de febrero de 2004.

Disposición constitucional cuya vulneración se alega:

El artículo 74° de la Constitución, que establece que los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación.

Petitorio:

Se declare la inconstitucionalidad del artículo 54° del Decreto Legislativo N.° 776, Ley de Tributación Municipal, modificada por el Decreto Legislativo N.° 952.

La sentencia desarrolla las siguientes materias de relevancia constitucional:

· La relación entre el Estado social y democrático de Derecho y la Constitución cultural:

· Relación existente entre el Estado social y democrático de Derecho, la Constitución cultural y los derechos culturales

2. Publicación en la página web del Tribunal Constitucional

· Deberes del Estado social y democrático de Derecho con la Constitución cultural.

· La potestad tributaria del Estado y los principios de legalidad y de reserva de ley:

· La potestad tributaria del Estado en la Constitución de 1993.

· Los alcances del principio de legalidad y el principio de reserva de ley.

· Las implicancias del principio de reserva de ley en los beneficios tributarios.

· La «inconstitucionalidad» del artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal:

· Sentido interpretativo del artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal.

· Posibilidad de que en la disposición cuestionada exista una norma acorde con la Constitución.

· Posibilidad de que se presente una afectación a la potestad tributaria de los gobiernos locales.

· Los espectáculos taurinos y la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos:

· Actitud de un Estado social y democrático de Derecho frente a las manifestaciones «culturales» que comportan actos de crueldad contra los animales.

· Determinar si existe un deber, por parte del Estado, de promover los espectáculos taurinos y otras manifestaciones «culturales» similares.

· Determinar si los espectáculos taurinos están obligados al pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos.

Conclusión:

Se declara ***INFUNDADA*** la demanda de inconstitucionalidad y se establece que el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal debe ser interpretada en el sentido que las calificaciones que realice el Instituto Nacional de Cultura tienen naturaleza declarativa –mas no constitutiva– para efectos de la exoneración al pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos.

Es decir, que los espectáculos previstos, expresa y taxativamente, en dicha Ley están exonerados del pago de los impuestos a los espectáculos públicos no deportivos, no por decisión y calificación del Instituto Nacional de Cultura, sino en virtud de la Ley. De ahí que el INC no pueda extender la calificación de cultural –por analogía o por vía interpretativa– a otros espectáculos que no sean los que están previstos *numerus clausus* en el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal.

Se establece, además, que los espectáculos taurinos no están exonerados del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos; por ello deben pagar, de acuerdo con el artículo 57° de Ley de Tributación Municipal, la tasa del 15%.

3. EXP. 0019-2005-AI/TC

23 de agosto de 2005[3]

Demandante :

31 Congresistas de la República
Normas sometidas a control :
Artículo Único de la Ley N.° 28568.

Bienes constitucionales cuya vulneración se alega:

Derecho a la igualdad ante la ley (inciso 2 del artículo 2º de la Constitución) y el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139º de la Constitución)

Petitorio:

Que se declare la inconstitucionalidad del Artículo Único de la Ley N.º 28568, que modifica el artículo 47º del Código Penal, y que, consecuentemente, se declaren nulos todos sus efectos.

· Evalúa la constitucionalidad de la ley impugnada en el extremo que permite que el tiempo de detención domiciliaria sea abonado al cómputo de la pena, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención, para ello:

· Se determina si la naturaleza jurídica de la detención domiciliaria, por un lado, así como sus diferencias sustanciales con la detención judicial preventiva y con la pena privativa de libertad, por otro.

· Se analizan los criterios desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación al arresto domiciliario.

· Se evalúa el tratamiento que la ley impugnada dispensa al arresto domiciliario a la luz del principio de igualdad.

· Se analizar las distintas teorías sobre la finalidad que cumple la pena privativa de libertad, desde la perspectiva del Derecho Penal.

· Se analiza la relación entre el Derecho Penal y la Constitución.

· Se analizan los fines de la pena desde una perspectiva constitucional.

· Se determina si la ley impugnada afecta de modo desproporcionado los fines de la pena en el Estado social y democrático de derecho, para lo cual se acude al *test* de proporcionalidad.

Conclusión:

La demanda es declarada ***FUNDADA***; y por tanto, inconstitucional la frase «y domiciliaria» del primer párrafo del artículo 47º del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 28658.

Sobre los efectos de la sentencia, cabe resaltar que el Tribunal Constitucional dispuso que las solicitudes de aplicación de la ley impugnada sean desestimadas. Del mismo modo, se

3. Publicación en el diario oficial El Peruano; sin embargo, esta sentencia fue publicada en la página web del Tribunal Constitucional el día 21 de julio de 2005.

dispuso que los jueces o magistrados que tuvieran en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado, desestimen dichos recursos y declaren nulas las resoluciones judiciales.

4. EXP. 0022-2004-AI/TC

12 de setiembre de 2005[4]

Demandante:

Dino Baca Herrera y más de cinco mil ciudadanos.

Normas sometidas a control:

Ley N.º 28078, que modifica los artículos 46.° y 47.° y agrega dos disposiciones finales a la Ley N.º 27238

Normas constitucionales cuya vulneración se alega:

Artículos 51.°, 106.° y 166.° de la Constitución

Petitorio:

Se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.° 28078.

La sentencia desarrolla las siguientes materias de relevancia constitucional:

· Consideraciones previas sobre los antecedentes de la ley orgánica en la Constitución vigente.

· La jerarquía normativa de ley orgánica en el sistema de fuentes diseñado por la Constitución.

· Las materias de ley orgánica conforme al artículo 106.° de la Constitución.

· Carácter indelegable de las leyes orgánicas por parte del Congreso de la República al Poder Ejecutivo.

· La Ley N.° 28078 no regula materia sujeta a reserva de ley orgánica.

· La finalidad de la Policía Nacional del Perú según la Constitución.

Conclusión:

El Tribunal Constitucional declara ***INFUNDADA*** la demanda de inconstitucionalidad dado que estima que la Ley N.° 28078 no viola el artículo 106.° de la Constitución, ya que fue expedida conforme al procedimiento que establece la Constitución para la aprobación de las leyes ordinarias. En efecto, al regular a la Policía Nacional, no se ha incidido en materias que estén reservadas a ley orgánica.

5. EXP. 0008-2005-AI/TC

14 de setiembre de 2005[5]

Demandante:

Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos.

Normas sometidas a control:

Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público.

Bienes constitucionales cuya vulneración se alega:

Artículos 26.°, 28.°, y 40.° de la Constitución.

4. Publicación en la página web del Tribunal Constitucional
5. Publicación en la página web del Tribunal Constitucional

Petitorio:

Se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.° 28175.

La sentencia desarrolla las siguientes materias de relevancia constitucional:

· Consideraciones sobre la vigencia y la denominación de la ley impugnada.

· La función pública conforme a la Constitución.

· Titulares de la función pública.

· Finalidad esencial de la función pública al servicio de la Nación conforme a la Constitución y confianza de los ciudadanos.

· Régimen Constitucional del Trabajo.

· Algunos consideraciones liminares sobre de la noción trabajo.

· Estado y trabajo.

· Los principios laborales constitucionales: *Indubio pro operario, l*a igualdad de oportunidades, la no discriminación en materia laboral, la irrenunciabilidad de derechos, los derechos colectivos de los trabajadores según la Constitución, la libertad sindical, los alcances de la libertad sindical, la Constitución y los sindicatos, el convenio colectivo (elementos, características, tipologìa, carácter, alcance y convenio colectivo articulado), la intervención de terceros en la solución de los conflictos laborales, la huelga (titularidad y limitaciones)

· La carrera administrativa como bien jurídico constitucional.

· Derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva de los servidores públicos conforme a la Constitución.

· Cuestiones relativas a la relación laboral de los empleados públicos en el marco de la Constitución.

Conclusión:

La demanda fue declarada ***INFUNDADA;*** no obstante, el numeral 8 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.° 28175, deberá ser interpretado conforme al fundamento 57 de la sentencia, en el sentido que tratándose de relaciones de empleo público, individuales o colectivas, donde se encuentren en juego derechos constitucionales, la solución a la colisión de principios deberá efectuarse conforme al artículo 23.° de la Constitución, que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Asimismo, el inciso d) del artículo 16° de la Ley N.° 28175, deberá interpretarse conforme al fundamento 55 de la sentencia en el sentido que dicho inciso sólo será constitucional en la medida que el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público, previsto en él, se apliquen a los empleados de confianza a que se refiere la ley, mientras que, para el caso de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sólo estarán sujetos a las fuentes normativas del empleo público, no siéndoles de aplicación la disposición referida al contrato de trabajo.

6. EXP. 0020-2005 y 0021-2005

27 de setiembre de 2005[6]

Demandante:

Presidente de la República.

Normas sometidas a control:

Ordenanzas Regionales N.os 031-2005-GRC/CRC, 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH.

Normas constitucionales cuya vulneración se alega:

Artículos 43º, y 192º 10.

Petitorio:

Se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º y 3º de la Or denanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC y la incostitucionalidad de las Ordenanzas Regionales N.º 015-2004-CR-GRH y y Nº027-2005-E-CR-GRH.

La sentencia desarrolla las siguientes materias de relevancia constitucional:

· Determina los presupuestos para resolver un proceso de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley que, supuestamente, se ocupan de materias reservadas a otros órganos constitucionales; en ese sentido deberán analizarse los siguientes temas:

· ¿Cuáles son las dimensiones de un proceso de inconstitucionalidad?

· ¿Cuáles son los principios, cuya afectación determina la invalidez constitucional de una norma con rango de ley?

· ¿Cuál es la tipología de infracciones constitucionales en las que puede incurrir una norma con rango de ley?

· ¿Cuál es la relevancia de las infracciones «indirectas» a la Constitución para resolver la presente causa (el bloque de constitucionalidad)?

· Incidencia del *test* de la competencia para determinar a los órganos competentes para regular las materias de las que se ocupan las normas cuestionadas; para tales efectos corresponderá analizar:

· ¿Cuáles son lo presupuestos del test de la competencia?

· ¿En qué consiste el principio de unidad y que alcances constitucionales tiene la configuración de la República del Perú como un Estado unitario y descentralizado?

· ¿En qué consiste el principio de cooperación y lealtad regional?

· ¿En qué consiste el principio de taxatividad y la cláusula de residualidad?

· ¿En qué consiste el principio de control y tutela?

· ¿En qué consiste el principio de competencia?

· ¿En qué consiste el principio de efecto útil y poderes implícitos?

· ¿En qué consiste el principio de progresividad?

· ¿Cuál es el bloque de constitucionalidad de las ordenanzas regionales?

6. Publicación en la página web del Tribunal Constitucional

· Evaluar la relación entre la planta de la hoja de coca y el derecho fundamental a la identidad cultural (artículo 2º 19 de la Constitución) y la posibilidad de que se la declare patrimonio cultural; para tales efectos corresponderá analizar:

· En base al test de la competencia, ¿cuál es el órgano constitucional competente para declarar bienes como patrimonio cultural?

· ¿Cuáles son las características del uso tradicional de la hoja de coca en el Perú?

· ¿La hoja de coca puede tener la condición de patrimonio cultural de la Nación?

· Analizar las relaciones entre el cultivo y la comercialización de la planta de la hoja de coca y el tráfico ilícito de drogas; en tal sentido corresponderá responder a las siguientes interrogantes:

· ¿Cuáles son las obligaciones del Estado en relación con el combate al tráfico ilícito de drogas?

· ¿Cuáles son los alcances de los Convenios internacionales relacionados con la lucha contra el tráfico ilícito de drogas?

· ¿Es eficiente la política legislativa del Estado contra el tráfico ilícito de drogas?

· ¿Cuál es el órgano constitucional competente para regular lo referente al cultivo de la planta de la hoja de coca?

· Programas de desarrollo alternativo.

· Determinar cuál es el órgano constitucional competente para regular la materia referida a al transmisión y sucesión de la planta de la hoja de coca.

Conclusión:

El Tribunal Constitucional consideró que el conflicto debía ser resuelto mendiante el *test de competencia* y de este manera se determinó que los gobiernos regionales no son competentes para declarar a determinados bienes como Patrimonio Cultural, Regional o Nacional. En consecuencia, la demanda fue declarada ***FUNDADA*** e inconstitucionales los artículos 1º, 2º y 3º de la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, y las Ordenanzas Regionales N.os 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH.

7. EXP. 0024-2003-AI/TC

31 de octubre de 2005[7]

Demandante:

Municipalidad Distrital de Lurín
Normas sometidas a control:
Ordenanza Municipal N.° 000011

Norma constitucionales cuya vulneración se alega:

Artículo 102°, inciso 7, de la Constitución

7. Publicación en la página web del Tribunal Constitucional

Petitorio:

Que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N.° 000011

La sentencia desarrolla las siguientes materias de relevancia constitucional:

· Entre las consideraciones previas desarrolla los siguiente temas:

· Las sentencias en materia constitucional

· La jurisprudencia constitucional: el precedente constitucional vigente

· Condiciones del uso del precedente constitucionales vinculante

· El cambio de precedente vinculante

· Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante

· El precedente vinculante como forma de cubrir una laguna normativa

· La aplicación del precedente vinculante

· La eficacia prospectiva del precedente vinculante *(prospective overruling)*

· Los efectos de las sentencias constitucionales con o sin precedente vinculante

· La competencia en asuntos de demarcación territorial

Conclusión:

La demanda es declarada ***FUNDADA*** puesto que el Tribunal Constitucional advirtió que, indirectamente, la Municipalidad Provincial de Huarochirí trató de ejercer una potestad reservada al Congreso, al «ratificar» un ordenamiento territorial determinado sin precisar previamente un documento que señale los límites o linderos de la jurisdicción municipal «ratificada».

8. EXP. 0024-2005-PI/TC

09 Noviembre de 2005[8]

Demandante:

Miguel Ángel Mufarech Nemy, presidente del Gobierno Regional de Lima

Normas sometidas a control:

Artículo Único de la Ley N.° 28607

Bienes constitucionales cuya vulneración se alega:

Derecho de igualdad ante la ley

Petitorio:

Que se declare la inconstitucionalidad del Artículo Único de la Ley N.° 28607.

La sentencia desarrolla las siguientes materias de relevancia constitucional:

· Si el Tribunal Constitucional tiene, o no, capacidad para pronunciarse sobre el enjuiciamiento a las leyes de reforma constitucional.

· Si el acto de enjuiciamiento a un acto legislativo puede ser visto desde

8. Publicación en la página web del Tribunal Constitucional

la perspectiva de los intereses de legislador.

· Si la norma objeto de impugnación ha vulnerado los limites formales y materiales a los que se encuentra sujeta toda reforma constitucional, omitiendo las tendencias de la Constitución Histórica.

· Si el establecimiento de criterios restrictivos a determinadas funciones ejercidas por razón de un cargo, puede ser enjuiciado dentro de la lógica del derecho de igualdad. ¿Son los derechos constitucionales iguales a las prerrogativas o potestades constitucionales?

· Si la obligación de renunciar implementada por la ley de reforma cuestionada respecto de los Alcaldes y Presidentes Regionales, resulta irrazonable o injusta.

· Si en el tratamiento que la Constitución dispensa al régimen de renuncias e incompatibilidades de autoridades o funcionarios de alto rango, existen vacíos o lagunas.

Conclusión:

La demanda es declarada ***INFUNDADA*** porque el Tribunal Constitucional considera que la disposición que establece que todo Alcalde o Presidente Regional debe renunciar como requisito previo a su participación en un proceso electoral, tiene como finalidad equiparar la situación de las personas que, encontrándose en una situación de desigualdad fáctica, postulan a un cargo público. Asmismo, esta disposición, no resulta una medida injustificada, o carente de base razonable, en el sentido de que ha cumplido con superar los *tests* de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad.

Finalmente, esta norma no es discriminatoria si se hace extensiva, o no, para el caso de los Congresistas, ya que pueden expedirse leyes por la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia entre las personas.

9. EXP. 0043-2004-AI/TC

2 de diciembre de 2005[9]

Demandante:

Más del 1% de los pobladores del Distrito de Máncora.

Normas sometidas a control:

Ordenanza Municipal N.º 013-2003-MDM, publicada el 10 de octubre de 2003 y expedida por la Municipalidad Distrital de Mancora

Bienes constitucionales cuya vulneración se alega:

Derecho a la propiedad de diversos pobladores del distrito (artículo 2º inciso 16 y 70 de la Constitución

Petitorio:

Que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N.º 013-2003-MDM

9. Fecha de publicación en el diario oficial El Peruano

El Tribunal Constitucional señala que si ya existe una norma general que regula el uso y disfrute de las playas del litoral peruano, a través de una ordenanza no se puede pretender una legislación que, bajo pretexto de ratificar o complementar, introduce una distorsión que afecta el ordenamiento jurídico y modifica lo que la autoridad competente ha establecido sobre el particular, por lo que declara ***FUNDADA*** en parte la demanda y, en consecuencia inconstitucional el artículo 2º de la Ordenanza.

De otro lado, dispone que las siguiente expresiones sean suprimidas de los artículos 3º y 4º de la ordenanza: *«y mendiante la presente resolución sean declaradas intangibles»* y *«que mediante esta disposición han sido declaradas INTANGIBLES»* puesto que la municipalidad demandada no tiene atribuciones para declarar la intangibilidad del terreno que se detalla en el artículo primero de la Ordenanza.

En lo demás que contiene la demanda, es declarada ***INFUNDADA***.



Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año I - N.º 2 - agosto - diciembre, Lima, 2005

Jurisprudencia Constitucional comparada

- Sentencia del Tribunal Federal Alemán. Dignidad y vigilancia acústica.
- Sentencia del Tribunal Constitucional español. Recurso de amparo N.° 3468-1997. Derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto.

Sentencia del Tribunal Federal Alemán. Dignidad y vigilancia acústica

No. 12

1. Artículo 13, inciso 13 de la Ley Fundamental (GG) en la versión de la ley para modificar la ley fundamental (artículo 13) del 26 de marzo de 1998 (Gaceta Federal I página 610) es acorde con artículo 79, inciso 3 de la Ley Fundamental (GG)

2. Parte de la inviolabilidad de la dignidad de la persona según el artículo 1, inciso 1 de la Ley Fundamental (GG) es el reconocimiento de un ámbito absolutamente protegido para el desarrollo de la vida. La vigilancia acústica de la vivienda con fines de persecución penal (artículo 13, inciso 3 de la Ley Fundamental) no puede tocar este ámbito. En este sentido, no existe una ponderación sobre el principio de proporcionalidad entre la inviolabilidad de la vivienda (artículo 13, inciso 1 en relación con artículo 1, inciso 1 de la Ley Fundamental) y el interés de la persecución penal.

3. No toda la vigilancia acústica de la vivienda viola el contenido de la dignidad de una persona del artículo 13, inciso 1, Ley Fundamental (GG).

4. La autorización legal para poder vigilar la vivienda debe contener la garantía de la inviolabilidad de la dignidad humana y corresponder a los requisitos de hecho del artículo 13, inciso 3 de la Ley Fundamental y de otras normas de la constitución.

5. Si una vigilancia acústica de una vivienda basada en tal autorización lleva, a pesar de todo, a la recabación de información del ámbito absolutamente protegido del desarrollo individual de la vida, se debe interrumpir y los registros deben ser borrados. Toda utilización de esta información está fuera de lugar.

6. Las disposiciones del Código Procesal Penal para realizar una vigilancia acústica en una vivienda con fines de persecución penal no satisfacen plenamente los requisitos legales de la Constitución en lo que concierne a la protección de la dignidad humana (artículo 1, inciso 1 Ley Fundamental), al principio de la proporcionalidad enmarcado en el principio del Estado de Derecho, al otorgamiento de una protección jurídica efectiva (artículo 19, inciso 4 Ley Fundamental) y a la pretensión de ser oído en justicia (artículo 103, inciso 1, Ley Fundamental).

Sentencia de la primera Sala del 3 de marzo del 2004 basado en el juicio oral del 1 de julio del 2003

- El Juez del Tribunal Constitucional Federal 2378/98, 1084/99- en el proceso sobre la demanda de amparo 1. a) del 5 de mayo del 2001 del fallecido Dr. N... proseguida por su heredera, Sra. N... - apoderado: abogado Dr. Dieter Selb, Leibnizstrasse 2, 68165 Mannheim - b) del Sr. S... - apoderado: abogado Dr. Carl Eduard Bloem, Hebelstrasse 13 I, 68161 Mannheim - contra artículo 13, inciso 3 hasta 6 de la Ley Fundamental en la versión del artículo 1 No. 1 de la Ley para la modificación de la Ley Fundamental (artículo 13) del 26 de marzo del 1998 (Gaceta Oficial I página 610) y contra artículo 2 No. 2 letra a y No. 5 de la Ley para el mejoramiento de la lucha contra el crimen organizado del 4 de mayo del 1998 (Gaceta Oficial I página 845) - 1 Juez del Tribunal Constitucional Federal 2378/98 - 2. a) del Señor Dr. H..., b) de la Señora L. ..., c) del Señor B..., d) de la Señora H. .., del Señor H. .. - apoderados de los demandantes de amparo b hasta e: abogado Dr. Burkhard Hirsch, Rheinallee 120, 40545 Dusseldorf - contra a) directamente la ley para el mejoramiento de la lucha contra el crimen organizado del 4 de mayo de 1998 (Gaceta Oficial I página 845), b) indirectamente contra la ley para la modificación de la Ley Fundamental (artículo 13) del 26 de marzo de 1998 (Gaceta oficial I página 610) - 1 Juez del Tribunal Constitucional Federal 1084/99 -.

FALLO:

1. La demanda de amparo del recurrente 1ª se archiva a causa de su fallecimiento.

2. Incompatibles según la indicación de los fundamentos son de las disposiciones del Código Procesal Penal en la versión de la ley para el mejoramiento de la lucha contra el crimen organizado del 4 de mayo 1998 (Gaceta Oficial I página 485) y en la versión de leyes posteriores:

- § 100 c, párrafo 1, numeral 3, § 100 d, párrafo 3, §100 d, párrafo 5, inciso 2, y § 100 f, párrafo 1, con artículo 13, párrafo 1, artículo 2, párrafo 1, y artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

- § 101, párrafo 1, inciso 1 y 2, y además con artículo 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental,

- §101, párrafo 1, inciso 3 con artículo 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental y

- § 100 d, párrafo 4, inciso 3, en conexión con § 100 b, párrafo 6, con artículo 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental.

3. En lo demás se rechazan las demandas de amparo de los recurrentes acerca de 1b y 2.

4. La República Federal de Alemania debe reembolsar a los demandantes de amparo dos tercios de los gastos.

FUNDAMENTOS:

A

Las demandas de amparo se dirigen directamente contra el artículo 13, párrafo 3 a 6 de la Ley Fundamental (GG) así como contra las disposiciones del Código Procesal Penal, con los cuales se posibilita la vigilancia acústica de viviendas con fines de persecución penal.

I

1. A la introducción de la vigilancia acústica de viviendas con fines de persecución antecedió una discusión controversial de muchos años en el público sobre el así llamado «Gran Ataque del Chuponeo».

Ante el fondo de nuevas formas de aparición de la criminalidad, especialmente el crimen organizado, desde inicios de los años 90 se alegó repetidas veces una necesidad de vigilar acústicamente a viviendas para aclarar delitos penales. Sin embargo, en primera instancia tales iniciativas legales no tuvieron éxito. Con la ley del 15 de julio del 1992 (Gaceta Oficial I página 1302) que contenía medidas para luchar contra el crimen organizado, se incluía en el Código Procesal Penal una autorización para escuchar las conversaciones afuera de la vivienda. Sin embargo, una autorización para escuchar las conversaciones en una vivienda en presencia de un funcionario no identificado abiertamente que ha sido previsto en primer lugar en el proyecto de ley fue eliminado a causa de consideraciones constitucionales.

También después de la modificación del Código Procesal Penal la discusión pública acerca de la introducción de facultades para la vigilancia acústica de viviendas siguió. En su mayoría existía unanimidad sobre que la posibilitación por ley de llevar a cabo tales medidas de investigación necesitaba una modificación de la Ley Fundamental. Sin embargo, la admisibilidad legal así como la necesidad desde el punto de vista de la política en asuntos criminales de esta medida de investigación seguía cuestionada.

2. En octubre de 1997 las fracciones del parlamento federal de la Unión Demócrata Cristiana (CDU)/Partido Social Cristiano (CSU), del Partido Socialdemócrata (SPD) y del Partido Liberal Democrático (FDP) aportaron conjuntamente aquellos proyectos de ley que finalmente llevaron a la modificación de la Ley Fundamental y a la introducción de las facultades respectivas en el Código Procesal Penal. La modificación del artículo 13 de la Ley Fundamental (GG) se realizó con la mayoría necesaria de dos tercios en el Parlamento Federal y en el Consejo Federal mediante la ley para la modificación de la Ley Fundamental (artículo 13) del 26 de marzo de 1998 (Gaceta Federal I página 610). Se introdujeron los párrafos 3 a 6 en el artículo 13 de la Ley Fundamental (GG) y el párrafo 3 existente se convirtió en párrafo 7.

a) En adelante el artículo 13 párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) prevé la facultad de vigilar acústicamente viviendas con fines de persecución penal. Sólo puede ser objeto de vigilancia la vivienda en la cual presuntamente el acusado se encuentra. Además es requisito que determinados hechos fundamenten la sospecha de haber cometido un delito especialmente grave determinado en cada caso por la ley y que la investigación de los hechos ofrecería de otra manera ninguna posibilidad de éxito o sería desproporcionadamente difícil. Desde el punto de vista constitucional se reguló la obligación de poner un plazo a la medida. La disposición de esta medida es tomada por una sala consistente de tres jueces. Sólo si existe el peligro de demora puede ser ordenada por un solo juez.

El Artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) dispone:

Si ciertos hechos fundamentan la sospecha que una persona cometió un delito determinado por ley como especialmente grave, entonces se puede utilizar, a disposición del juez, medios técnicos para la vigilancia de las viviendas en las cuales el acusado presuntamente se encuentra para perseguir el delito si de otra manera la investigación de los hechos no ofrecería posibilidad de éxito o sería desproporcionadamente difícil. Se debe poner un plazo a la medida. Una sala compuesta por tres jueces dispone esta medida. Si existe el peligro de demora, entonces puede ser dispuesta también por un solo juez.

El nuevo párrafo 4 del artículo 13 de la Ley Fundamental (GG) concierne al uso de medios técnicos para la vigilancia de viviendas para defenderse de urgentes peligros para la seguridad pública. Esta autorización no se limita a la interceptación de conversaciones. El artículo 13, párrafo 5 de la Ley Fundamental regula la utilización de medios técnicos para la protección de las personas que se encuentran en misión en viviendas y la utilización de las informaciones obtenidas de tal manera. El ar-

tículo 13, párrafo 6 de la Ley Fundamental (GG) obliga al gobierno federal a presentar anualmente un informe al parlamento federal sobre las vigilancias de viviendas llevadas a cabo con fines de persecución penal, así como sobre la vigilancia preventiva policial de viviendas dentro de la jurisdicción de la Federación. Una comisión elegida por el parlamento federal realiza el control parlamentario basándose en este informe. Los estados federados deben garantizar un control parlamentario igual.

b) Basándose en el modificado artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental, se creó la ley para el mejoramiento de la lucha contra el crimen organizado del 4 de mayo de 1998 (Gaceta Federal I página 845). La norma central del diseño legal simple que se realizó mediante artículo 2 de esta ley, es el artículo § 100 c, párrafo 1 numeral 3 del Código Procesal Penal. Según este artículo es permitido escuchar en una vivienda las palabras no públicas de un acusado con medios técnicos y registrarlas si ciertos hechos fundamentan la sospecha que esta persona haya cometido un delito descrito en la norma, un así llamado delito tipificado. El catálogo de delitos tipificados comprende especialmente hechos delictivos que son considerados típicos para el fenómeno del crimen organizado. A esto se agregan ciertos delitos contra la seguridad del Estado. La medida de vigilancia sólo es admisible para la investigación de los hechos o para conocer el lugar donde se encuentra el autor del delito siempre y cuando esto ofrecería de otra manera ninguna posibilidad de éxito o sería desproporcionadamente difícil. Según § 100 c, párrafo 2, inciso 1 del Código Procesal Penal la medida sólo puede ser dirigida contra el acusado mismo. Sin embargo, el artículo § 100 c, párrafo 2, inciso 5 del Código Procesal Penal aclara explícitamente que también se pueden intervenir viviendas de otras personas siempre y cuando con el mismo grado de sospecha se presume que el acusado se encuentra en estas viviendas.

EL artículo § 100 c, párrafo 1 numeral 3, párrafo 2 y 3 del Código Procesal Penal estipula en su versión de la ley para el mejoramiento de la lucha contra el crimen organizado:

(1) Sin conocimiento de la persona concernida...

3. Es permitido escuchar las palabras no públicas del acusado expresadas en una vivienda con medios técnicos y registrarlas, si ciertos hechos fundamentan la sospecha que alguien ha cometido el delito de

a) falsificación de dinero, de valores (§§ 146, 151, 152 del Código Penal) o de falsificación de tarjetas de pago e impresiones de eurocheques (§ 152 del Código Penal), de tráfico grave de humanos según § 181, párrafo 1, numeral 2 y 3 del Código penal, de asesinato, homicidio o un genocidio (§§ 211, 212, 220

a del Código Penal),un delito contra la libertad personal (§§ 234, 234ª, 239ª, 239 b del Código Penal) un robo en pandilla (§ 244, párrafo 1, numeral 2 del Código Penal) o un robo calificado en pandilla (§ 244 del Código Penal), un robo calificado (§ 250, párrafo 1 o párrafo 2 del Código Penal), un robo seguido de muerte (§ 251 del Código Penal) o un chantaje violento (§ 255 del Código Penal), una extorsión (§ 253 del Código Penal) bajo los requisitos estipulados en § 253, párrafo 4, inciso 2 del Código Penal, un encubrimiento profesional, encubrimiento en pandilla (§ 260 del Código Penal) o encubrimiento profesional en pandilla (§ 260 a del Código Penal), lavado de dinero, ocultación de patrimonio adquirido de manera ilegal según § 261, párrafo 1 a 4 del Código Penal, cohecho (§ 332 del Código Penal) o corrupción (§ 334 del Código Penal),

b) un delito según § 52 a, párrafo 1 a 3, § 53, párrafo 1, inciso 1, numeral 1, 2, inciso 2 de la ley de armas, § 34, párrafo 1 a 6 de la ley de comercio exterior o según § 19, párrafo 1 a 3, § 20, párrafo 1 o 2, también en relación con § 21 o § 22 a, párrafo 1 a 3 de la ley sobre el control de armas de guerra.

c) un delito según una de las normas a las cuales se refiere § 29, párrafo 3, inciso 2, numeral 1 de la ley de estupefacientes bajo los allí estipulados requisitos o un delito según §§ 29 a, 30, párrafo 1, numerales 1,2,4 o § 30 de la ley de estupefacientes;

d) delitos de la traición a la paz, de alta traición y de la puesta en peligro del estado de derecho democrático o de traición a la patria y de la puesta en peligro del estado democrático, (§§80 a 82, 85, 87, 88, 94 a 96, también en relación con § 97b, §§ 97ª, 98 a 100ª del Código Penal);

e) un delito según § 129, párrafo 4 en relación con párrafo 1, § 129ª del Código Penal o

f) un delito según § 92 a, párrafo 2 o § 92 b de la ley de extranjería o según § 84, párrafo 3 o § 84 a de la ley de asilo y si la investigación de los hechos o del lugar donde se encuentra el autor ofrecería de otra manera ninguna posibilidad de éxito o sería desproporcionadamente difícil.

2) Medidas según párrafo 1 sólo pueden ser dirigidas contra el acusado. Medidas según párrafo 1, numeral 1, letra a contra otras personas son admisibles si la investigación de los hechos o del lugar donde se encuentra el autor del delito ofrecería de otra manera menos probabilidad de éxito o sería mucho más difícil. Sólo es permitido ordenar medidas según párrafo 1, numeral 1, letra b, numeral 2 contra otras personas si basándose en ciertos hechos se puede suponer que éstas están relacionadas con el autor del delito o si se va a establecer tal relación, por lo que la medida conducirá a la investigación de los hechos o del lugar donde se encuentra el autor y de otra manera no ofrecería ninguna posibilidad de éxito o sería mucho más difícil. Medidas según párrafo 1, numeral 3 sólo pueden ser rea-

lizadas en las viviendas del acusado. En las viviendas de otras personas las medidas en el sentido del párrafo 1, numeral 3 son sólo admisibles, si basándose en ciertos hechos se puede suponer que el acusado se encuentre allí y que la medida realizada sólo en las viviendas del acusado no llevaría a la investigación de los hechos o del lugar donde se encuentra el autor y que de otra manera ofrecería ninguna probabilidad de éxito o sería desproporcionadamente difícil.

(3) Se puede realizar también las medidas si terceros serán inevitablemente afectados.

Mientras tanto se ha modificado varias veces § 100 c, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal sin que la autorización hay sido modificada sustancialmente. Mediante el artículo 3, numeral 2 de la ley para la introducción del Código Penal Internacional del 26 de junio del 2002 (Gaceta Oficial I, página 2254) se reemplazaron en el art. § 100 c, párrafo 1, numeral 3, letra a) las palabras «un asesinato, un homicidio o un genocidio (§§ 211, 212, 220 a del Código Penal) por «un asesinato, un homicidio (§ 211, 212 del Código Penal) o un genocidio (§ 6 del Código Penal Internacional)». Mediante el artículo 3, numeral 1 de la 34. Ley para modificar el derecho penal -§ 129 b del Código Penal del 22 de agosto del 2002 (Gaceta Oficial I página 3390) se insertó en el art. § 100 c, párrafo 1, inciso 1, numeral 3, letra e después de la indicación «§ 129 a» las palabras «también en conexión con § 129 b, párrafo 1». Mediante artículo 6, numeral 1 de la ley para la nueva regulación del derecho de armas del 11 de octubre 2002 ((Gaceta Oficial I página 3970) se reemplazó en § 100 c, párrafo 1, numeral 3, letra b las palabras «un delito según § 52 a, párrafo 1 a 3, § 53, párrafo 1, inciso 1, numeral 1,2, inciso 2 de la ley de armas» por « un delito según § 51, 52, párrafo 1, numeral 1, 2 letra c y d, párrafos 5,6 de la ley de armas». Mediante artículo 2 de la 35. ley para modificar al derecho penal para la puesta en práctica de la resolución marco del Consejo de la Unión Europea, del 28 de mayo del 2001 para luchar contra el fraude y la falsificación en relación con medios de pagos no en efectivo, del 22 de diciembre del 2003 ((Gaceta Oficial I página 2838), se insertaron en el art. § 100c, párrafo 1, numeral 3, letra a) después de la palabra «tarjetas de pago» las palabras «con función de garantía» y se reemplazó la indicación «§ 152ª del Código penal» por «§ 152 b del Código Penal». Además se modificaron desde la entrada en vigor del art. § 100 c del Código Procesal Penal algunas normas penales a las cuales se refiere párrafo 1, numeral 3. Para este proceso es especialmente de importancia la modificación del art. § 129 a) del Código Penal por artículo 1, numeral 1 de la ley para la puesta en práctica de la resolución marco del Consejo, del 13 de junio del 2002, para la lucha contra el terrorismo y para la modifica-

ción de otras leyes del 22 de diciembre del 2003 (Gaceta Oficial I página 2836).

La vigilancia sólo puede ser ordenada por una sala de protección del estado del Tribunal Regional y, si hay peligro de demora también por el Presidente del Tribunal. Se debe poner un plazo a esta medida de un máximo de 4 semanas según el art. § 100 d, párrafo 4, inciso 1 del Código Procesal Penal. Es admisible una prolongación limitada de este plazo bajo ciertas condiciones. Para la destrucción de los datos recabados el art. § 100 d, párrafo 4, inciso 3 del Código Procesal Penal remite a la norma sobre la intercepción telefónica en el art. § 100 b del Código Procesal Penal. En lo que concierne al escuchar y grabar conversaciones del acusado con personas con facultad de abstenerse a declarar, el art. § 100 d, párrafo 3 del Código Procesal Penal diferencia entre los portadores del secreto profesional descritos en el art. § 53 del Código Procesal Penal y los familiares y ayudantes profesiones facultados a abstenerse a declarar según los art. § 52 y 53 del Código Procesal Penal. Para las conversaciones con portadores del secreto profesional vale la prohibición de actuación de pruebas. En lo que concierne a familiares y ayudantes profesionales la norma sólo prevé una prohibición de valoración de prueba, la cual no es absoluta, sino sujeta expresamente a la reserva de la proporcionalidad. § 100 d, párrafo 5, inciso 2 del Código Procesal Penal regula la valoración de conocimientos obtenidos accidentalmente. Según § 100 d, párrafo 6 del Código Procesal Penal un recurso es admisible también después de terminada la medida.

LAS NUEVAS REGULACIONES DEL ARTÍCULO DISPOSITIVO § 100 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DICEN:

(2) Medidas según § 100 c, párrafo 1, numeral 3 sólo pueden ser dispuestas por la sala penal del Tribunal Regional en cuya jurisdicción la fiscalía tiene su sede estipulado en el art. § 74 a) de la ley orgánica del poder judicial. Si existe el peligro de demora también el presidente del Tribunal Regional puede dar la disposición. Sin embargo, carece de valor si no es confirmado dentro de un plazo de 3 días por la sala penal. El art. § 100 b, párrafo 2, inciso 1 a 3 vale análogamente.

(3) En los casos del § 53, párrafo 1 una medida según el art. § 100 c, párrafo 1, numeral 3 es inadmisible. Esto también vale, si se puede esperar que todos los conocimientos resultado de la medida están sujetos a la prohibición de valoración. En los casos de los §§ 52 y 53 a) se pueden sólo valorar los conocimientos obtenidos mediante una medida según § 100 c, párrafo 1, numeral 3 si considerando la importancia de la relación de confianza en la que se basa, no esté desproporcionada frente al interés de investigar los

hechos o el lugar donde se encuentra el autor del delito. Si las personas facultadas a abstenerse a declarar son sospechosas de haber participado, haberse beneficiado, de desbaratar la persecución penal o de encubrimiento, entonces no se puede aplicar inciso 1. Además esta circunstancia debe considerarse al verificar la proporcionalidad. Sobre la valoración decide en la fase instructiva el tribunal estipulado en párrafo 2, inciso 1.

(4) Una disposición según el dispositivo § 100 c, párrafo 1, numeral 3 puede tener un plazo de máximo 4 semanas. Es admisible una prolongación por cada vez 4 semanas si siguen vigentes las condiciones para la medida. El dispositivo § 100 b, párrafo 4 y 6 vale análogamente.

(5) Informaciones sobre las personas que se obtuvieron mediante la utilización de medios técnicos según § 100 c, párrafo 1, numeral 2 sólo pueden ser usados en otros procesos penales como prueba si al valorarlos se obtiene conocimientos requeridos para la aclaración de un delito estipulado en el dispositivo § 100 a. Informaciones sobre personas que se obtuvieron mediante una medida según § 100 c, párrafo 1, numeral 3, pueden ser usados en otros procesos penales como prueba si al valorarlos se obtiene conocimientos requeridos para la aclaración de un delito estipulado en § 100 c, párrafo 1, numeral 3.

(6) También después de haber terminado la medida según el dispositivo § 100 c, párrafo 1, numeral 3 el acusado y – en el caso del § 100 c, párrafo 2, inciso 5 – también el dueño de esta vivienda pueden solicitar la verificación de la legitimidad de la disposición así como de la manera de su ejecución. Antes de la presentación de la demanda pública decide el tribunal mencionado en párrafo 2, inciso 1 y después el Tribunal que conoce el caso. Este puede resolver sobre la legitimidad de la decisión que concluye el proceso.

El dispositivo § 100 e, párrafo 1 del Código Procesal Penal regula la obligación de la fiscalía, de la autoridad judicial suprema competente en cada caso de informar sobre las medidas según § 100 c, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal. En el marco de este informe se debe tratar entre otros también el éxito de la medida y la comunicación a los afectados o las razones para una no-comunicación. Además § 100 e, párrafo 2 del Código Procesal Penal concretiza la obligación de reportar del gobierno Federal ante el parlamento federal fundamentada en el artículo 13, párrafo 6 de la Ley Fundamental (GG). Tenor del dispositivo § 100 e del Código Procesal Penal:

(1) La Fiscalía informa a la autoridad judicial suprema competente al más tardar tres meses después de haber concluido una medida según § 100 c, párrafo

1, numeral 3 sobre la motivación, envergadura, duración, resultado y costos de la medida así como sobre su comunicación a los involucrados o los motivos por los cuales hasta este momento no se ha hecho esta comunicación y la fecha, en la cual previsiblemente se hará. Después de concluido el proceso se complementa el informe respectivamente. Si la comunicación no se lleva a cabo dentro de un plazo de cuatro años después de haber concluido la medida, la fiscalía está obligada a presentar de nuevo anualmente un informe correspondiente.

(2) El gobierno federal informa anualmente al parlamento federal sobre las medidas realizadas según § 100 c, párrafo 1, numeral 3, basándose en las informaciones de los estados federados.

El dispositivo § 100 f del Código Procesal Penal concierne la utilización de los conocimientos obtenidos. Principalmente las informaciones sobre personas obtenidas mediante la vigilancia según el dispositivo § 100 c, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal, sólo pueden ser utilizados con fines de un proceso penal. Este puede ser el proceso, en el cual ha sido dispuesta la medida u otro proceso penal referente a un delito tipificado en el dispositivo § 100 c, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal (§ 100 d, párrafo 5, inciso 2 del Código Procesal Penal). Además, el párrafo admite la valoración limitada para fines preventivos policiales. El dispositivo § 100 f del Código Procesal Penal prevé:

(1) Informaciones sobre personas que han sido investigadas mediante una medida según § 100 c, párrafo 1, numeral 3 sólo pueden ser utilizadas con fines de un proceso penal (§ 100 d, párrafo 5, inciso 2) y para defenderse de un peligro existente contra la vida, la integridad física o la libertad de una persona o si se usan considerables valores materiales o patrimoniales.

(2) Si se han obtenido informaciones sobre personas mediante una medida del derecho policial que equivale a una medida según § 100 c, párrafo 1, numeral 3, éstas sólo se pueden utilizar como medios probatorios si al valorarlas se llega a conocimientos necesarios para aclarar un delito estipulado en § 100 c, párrafo 1, numeral 3.

Finalmente mediante la ley para el mejoramiento de la lucha contra el crimen organizado se redactaron parcialmente de nuevo las normas sobre la comunicación de las personas. La regla de comunicación para medidas según el dispositivo § 100 c, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal equivale a las disposiciones válidas para la intervención de teléfonos y el registro de conversaciones fuera de viviendas. Sin embargo la postergación de la comunicación en los casos del dispositivo § 100 c, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal, por más de seis meses después de concluida la medida requiere del consentimiento del juez, para

lo cual es competente hasta la presentación de la demanda pública el tribunal que emitió el orden y luego el tribunal que conoce el proceso penal. La documentación sobre la medida no se incorpora en primer lugar al expediente, sino que es archivada en las oficinas de la fiscalía en un procedimiento separado o en las actas provisionales. Su traspaso al expediente principal está vinculado con la comunicación. Los párrafos 1 y 4 del § 101 del Código Procesal Penal tienen por el momento el siguiente tenor:

(1) Se debe informar a los involucrados sobre las medidas tomadas (§§ 81 e, 99, 100ª, 100 b, 100 c, párrafo 1, numeral 1, letra b, numeral 2 y 3, §§ 100 d, 100 g y 100 h) apenas esto sea posible sin poner en peligro el objetivo de la investigación, la seguridad pública, la integridad física o la vida de una persona así como la posibilidad de seguir utilizando al funcionario designado que investiga encubiertamente. Si no se lleva a cabo la comunicación en los casos del § 100 c, párrafo 1, numeral 3 dentro de un plazo de 6 meses después de concluida la medida, entonces la postergación adicional requiere el consentimiento del juez. En este caso decide antes de la presentación de la demanda pública el tribunal mencionado en § 100 d, párrafo 2, inciso 1, luego el tribunal que conoce la causa.

(4) Las decisiones y los demás documentos sobre la medida según § 100 c, párrafo 1, numeral 1, letra b, numeral 2 y 3 son guardados donde la fiscalía. Recién pasan al expediente cuando se cumplen los requisitos del párrafo 1.

II

Los demandantes de amparo del punto 1 dirigen su solicitud directamente contra artículo 13, párrafo 3 a 6 de la Ley Fundamental (GG) en la versión de la ley del 26 de marzo de 1998. Además, su demanda de amparo está dirigida contra la autorización por ley de escuchar conversaciones en habitaciones de una vivienda por medios tecnológicos en el § 100 c, párrafo 1, numeral 3 y párrafo 2 del Código Procesal Penal, así como contra las disposiciones modificadas acerca de la comunicación en el § 101, párrafo 1 y 4 del Código Procesal Penal. Los demandantes de amparo alegan que las disposiciones contra las cuales han dirigido su demanda violan ahora y directamente sus derechos fundamentales resultantes de los artículos 1, párrafo 1 y 3, artículo 2, párrafo 1, artículo 13, párrafo 1 en conexión con el artículo 19, párrafo 2 y el artículo 79, párrafo 3, así como del artículo 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental.

5. Alegan que no saben si se han dispuesto contra ellos medidas según el § 100 c, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal. Según las normas impugnadas no se puede tener conocimiento de estas medidas ni antes ni durante su realización. También después de concluida la medida se puede no realizar la comunicación durante meses e incluso

años. Alegan que en vista de estas condiciones la demanda de amparo contra esta ley es admisible.

6. En este caso los demandantes de amparo alegan que la modificación de la ley fundamental no cumple con los requisitos de una modificación constitucional según el artículo 79, párrafo 3 en conexión con el artículo 19, párrafo 2 de la Ley Fundamental. La modificación de la Ley Fundamental no serviría –a diferencia del fallo del Tribunal Constitucional Federal en su sentencia del 15 de diciembre de 1970 (Tribunal Constitucional Federal 30,1) sobre la modificación del artículo 10 de la Ley Fundamental (GG)– a la protección de la constitución, sino que sólo haría posible una persecución penal más efectiva. Aunque la persecución penal efectiva es un importante bien jurídico, no justifica, aún cuando se trate de una criminalidad grave, restricciones del derecho fundamental. Estas no cumplirían las exigencias del principio de proporcionalidad.

La no-idoneidad de la medida ya queda demostrada, ya que los crímenes organizados se pueden adecuar sin problema alguno a las medidas de vigilancia acústica. Además hasta la fecha falta cualquier justificación que sustente la necesidad de una vigilancia acústica de viviendas. También después de la primera experiencia con estos instrumentos sigue dudosa. Alegan que la mayoría de las medidas no han sido relevantes para los procesos penales según los informes anuales del gobierno federal. Entre las personas afectadas se encuentra además siempre un gran número de personas no acusadas. Tal poca relevancia no puede justificar las restricciones masivas del derecho fundamental mediante artículo 13, inciso 3 a 6 de la Ley Fundamental. Se debe criticar también en vista de la intervención profunda en el derecho fundamental el poco umbral de sospecha (indicio de criminalidad simple) y la determinación faltante del término de un delito especialmente grave. Con ello el derecho fundamental está a disposición del legislador ordinario que puede diseñar y ampliar el catálogo de delitos tipificados a su antojo.

No obstante, la modificación del derecho fundamental fracasó sobre todo porque tocaba una esfera intocable del desarrollo de la vida privada que está fuera del alcance del poder público. Esto resulta, de un lado, de la garantía del contenido característico de los derechos fundamentales y, del otro lado, del núcleo de la personalidad como parte de la dignidad intocable del ser humano. Mediante la modificación del derecho fundamental se interviene a esta esfera nuclear. Si uno ya no puede estar seguro en su vivienda, en el círculo privado e íntimo, y si incluso las conversaciones consigo mismo pueden ser escuchadas, entonces ya no queda nada del derecho fundamental de la inviolabilidad de la vivienda. Se

puede renunciar en caso necesario a hacer llamadas o escribir cartas, de retirarse a su propia vivienda no. También la Corte Federal de Justicia (compare la decisión de la Corte Federal de Justicia en materia penal 31, 296) considera el escuchar y valorar conversaciones en viviendas como una intervención en el contenido esencial y en la esfera íntima del desarrollo de la vida privada. Por lo tanto, el artículo 13, párrafo 3 a 6 de la Ley Fundamental (GG) es una ley constitucional que viola la constitución.

Además la norma viola la obligación de comunicación en contra del artículo 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental (GG). Es posible postergar la comunicación sin consentimiento del juez hasta seis meses después de haber concluido la medida y con el consentimiento del juez aún más tiempo. No es aceptable desde el punto de vista del derecho constitucional que los afectados no pueden defenderse oportunamente contra intervenciones injustificadas en su esfera íntima. La posibilidad de seguir usando un investigador encubierto no puede dejar sin vigor a la obligación constitucional de brindar una protección jurídica efectiva porque la regulación de excepción del artículo 19, párrafo 4, inciso 3 de la Ley Fundamental (GG) abarca sólo medidas según el artículo 10, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

Con escrito del 29 de agosto del 2001 los demandantes de amparo han comunicado que el demandante de amparo del caso 1ª ha fallecido. Su esposa como heredera universal tiene la intención de seguir con el proceso de demanda de amparo.

2. Los demandantes de amparo en el caso 2 se dirigen con su demanda de amparo directamente contra la ley para el mejoramiento de la lucha contra el crimen organizado e indirectamente contra la ley para modificar el artículo 13 de la Ley Fundamental (GG). Denuncian la violación de sus derechos fundamentales resultante del artículo 1, párrafo 1 y 3, artículo 2, párrafo 1, artículo 13, párrafo 1 en conexión con artículo 19, párrafo 2 y artículo 79, párrafo 3, artículo 19, párrafo 4 y artículo 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG). Sostienen que el dispositvo § 100 c, párrafo 1, numeral 3, párrafo 2, inciso 4 y 5, § 100 d, párrafo 2 a 5, §§ 100 e y 100 f, así como el dispositivo § 101, párrafo 1 y 4 del Código Procesal Penal, son anticonstitucionales.

1. los demandantes de amparo alegan haber sido afectados directamente en sus derechos fundamentales por las normas legales que critican. § 100, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal permitiría al órgano instructor intervenir directa y clandestinamente en los derechos protegidos por la constitución de los demandantes de amparo sin que exista una sospecha que hayan participado en un delito punible. En vis-

ta de que § 101 del Código Procesal Penal permite una suspensión duradera de la comunicación, la ley excluye una apelación judicial contra la medida individual. Si los demandantes de amparo son informados sobre el ataque del chuponeo y pueden presentar recursos en contra, depende completamente de las consideraciones del ejecutivo y, por lo tanto, de circunstancias sobre las cuales los demandantes de amparo no tienen influencia. Que en su mayoría no se comunica la medida muestran los informes anuales del gobierno federal al parlamento federal según los cuales en 69 de 100 casos no se realizó una comunicación. Después no se puede agotar la vía jurídica, porque sino, los demandantes de amparo tendrían que presentar una acción de omisión cautelar sin ser capaces de presentar circunstancias concretas. Tampoco está fuera de probabilidad plausible que debido a sus condiciones personales o su actividad profesional serían o ya han sido objeto de un ataque de chuponeo. Sería una exigencia problemática si se le exige para salvaguardar sus derechos fundamentales de presentar circunstancias reales que fundamentan una sospecha de criminalidad simple contra ellos mismos y con ello posibilitarían las medidas de investigación cuya anticonstitucionalidad alegan.

2. Como fundamento de su demanda de amparo alegan en principio:

No sólo es de importancia para la constitucionalidad de las normas impugnadas si corresponden al artículo 13 de la Ley Fundamental (GG) en la versión de la ley del 26 de marzo de 1998, sino que más bien es de prioridad la pregunta si la modificación de la constitución es compatible con el principio constitucional de la inviolabilidad de la dignidad humana. El Tribunal Constitucional Federal habría señalado repetidas veces que debe haber una esfera intocable del desarrollo de la vida privada que esté fuera del alcance del poder público. En este contexto la vivienda tiene un significado especial.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal ha admitido considerables intervenciones en el ámbito privado. Si se sigue a las así llamadas decisiones de diario con las extraordinariamente amplias restricciones de la esfera privada intocable, entonces al menos se debería exigir dispositivos para la protección de los derechos fundamentales. El legislador debe hacer las valoraciones necesarias él mismo, considerando la obligación de la claridad de norma. Además, desde el punto de vista del derecho constitucional sería necesario una comunicación posterior sobre la intervención en la espera privada que garantizara por sí solo un control judicial en un proceso contradictorio. La obligación del legislador para asegurar los derechos fundamentales se incrementa con la mayor cercanía de las intervenciones estatales en la esfera más íntima. Escuchar clandesti-

namente palabras expresadas en confidencialidad en la propia vivienda de la persona afectada para que el estado obtenga informaciones sería la intervención más severa en los derechos fundamentales. La protección del núcleo de la esfera privada exigiría que el orden jurídico diferencie ya en lo que concierne a la procedencia de la vigilancia acústica y no recién cuando se trata de la pregunta de la utilización de las informaciones obtenidas.

Las normas impugnadas no cumplirían estos principios. El artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) no sólo posibilitaría una violación de los derechos personales fundamentales, sino que permitiría también la violación de la dignidad humana. Ya según su tenor literal la disposición se alejaría de la presunta finalidad de un ataque de chuponeo, ya que no contiene ninguna restricción a delitos del crimen organizado. Además, se debe objetar que con la sospecha inicial simple y con la desproporcionada dificultad de llevar a cabo las investigaciones se nombre un umbral de intervención muy bajo en artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) mientras que intervenciones mucho menos intensas requieren según el Código Procesal Penal una sospecha urgente. Por lo demás, la disposición permitiría intervenciones en los derechos fundamentales afectando a personas que no han dado ningún motivo para ello por su propia conducta. El tenor del artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) dejaría abierto si la interceptación de conversaciones sólo procede si el acusado se encuentra realmente en la vivienda o si sólo la sospecha inicial que se encuentre allí sería suficiente para la vigilancia acústica. También § 100 c, párrafo 2, inciso 5 del Código Procesal Penal no contiene precisiones al respecto. La desproporción de las disposiciones impugnadas se mostraría también a través de los informes anuales del gobierno federal sobre los ataques de chuponeo realizados. En este sentido, no importa que en su mayoría personas no-acusadas han sido afectadas por los ataques de chuponeo realizados hasta ahora. Tampoco se puede sobrepasar el poco número de las medidas de investigación realizadas según las disposiciones impugnadas y el aún menor número de conocimientos relevantes obtenidos para los procesos penales posteriores. En vista de estas experiencias prácticas, de ninguna manera se puede decir que el gran ataque de chuponeo sea un instrumento irrenunciable de la persecución penal, porque en la realidad evidentemente no ha tenido una importancia significativa.

Las disposiciones introducidas en el Código Procesal Penal basándose en el artículo 13, párrafo 3 y 6 de la Ley Fundamental (GG) se deberían considerar como anticonstitucionales también si se parte en contra

de la opinión de los demandantes de amparo, de la premisa de la compatibilidad de la modificación constitucional con el artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG). Ya el catálogo de delitos tipificados en el dispositivo § 100 c, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal excede el ámbito de los delitos especialmente graves. Aunque se trate de delitos de considerable importancia, no todos los hechos delictivos ponen en peligro los principios del estado de derecho en una manera que la persecución penal de estos delitos justifique intervenciones graves en los derechos fundamentales de manera como se están describiendo aquí. Además la disposición violaría el artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) porque, por encima del tenor literal de la norma de derecho fundamental, admite intervenciones para averiguar el paradero del autor del delito. Las prohibiciones de valoración introducidas al final del proceso legislativo no serían una suficiente protección contra las intervenciones graves en los derechos fundamentales de los terceros no acusados. Con la referencia de muchas palabras al principio de la proporcionalidad en el dispositivo § 100 d, párrafo 3 del Código Procesal Penal, el legislador se sustrajo de la responsabilidad y violó el mandato de la claridad de las normas. Especialmente si se trata de interceptar la conversación entre cónyuges, que no son acusados ellos mismos, no se puede sopesarlo con los intereses de una persecución penal en vista de que entonces se afectaría el núcleo del derecho personal.

Las disposiciones impugnadas violan además el mandato de la protección jurídica efectiva resultante de artículo 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental (GG) y el derecho de ser oídos en justicia resultante del artículo 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG). El dispositivo § 100 d, párrafo 6 del Código Procesal Penal preve sin embargo un control posterior de la legitimidad del ataque de chuponeo. Pero en vista de que la ley permite omitir la comunicación por tiempo prolongado, se privaría potencialmente de sus derechos a los afectados. Si el tribunal llega después de seis meses a la conclusión de que existen razones para la continuación de la postergación de la comunicación, entonces no se realiza una vez más una verificación judicial según el dispositivo § 101, párrafo 1 del Código Procesal Penal. Recién después de cuatro años más empezaría la obligación de informar de la fiscalía sin que la ley determine un plazo máximo, después del cual se debería llevar a cabo la comunicación. También los informes del gobierno federal serían suficiente prueba que en la práctica en la mayoría de los casos se omite la comunicación. La regulación del artículo 13, párrafo 6 de la Ley Fundamental (GG) en conexión con § 100 e, párrafo 2 del Código Procesal Penal sobre el informe del gobierno federal

al parlamento federal no reemplazaría el control judicial de la legitimidad de la medida. Le faltaría cualquier precisión, especialmente en lo que concierne a los hechos que el informe debería contener. La comisión encargada del parlamento federal no podría efectuar un control eficaz por el sólo hecho de que no se le comunica las circunstancias confidenciales, como por ejemplo las razones para la postergación de la comunicación a las personas afectadas. Es incompatible con artículo 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG) que según § 101, párrafo 1, inciso 3 del Código Procesal Penal el tribunal del caso principal puede tomar conocimiento del contenido del acta de interceptación en el marco de su decisión sobre la comunicación, pero el acusado no tiene conocimiento de ello. Es irrealista suponer que el tribunal al fallar no se deja influenciar por los conocimiento obtenidos mediante el acta de interceptación.

Con referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 14 de julio de 1999 (decisión del Tribunal Constitucional Federal 100, 313) acerca de las facultadas ampliadas del Servicio Secreto Federal los demandantes de amparo alegan con escrito del 17 de julio de 1999, que el legislador omitió prever una obligación de designación para pasar las informaciones obtenidos del ataque de chuponeo a otra persona según § 100 d, párrafo 5, inciso 2 y § 100 f, párrafo 1 del Código Procesal Penal. También la regulación de destrucción según § 100 d, párrafo 4, inciso 3 en conexión con § 100 b, párrafo 6 del Código Procesal Penal no resistiría una verificación constitucional porque después se podrían destruir aquellos documentos que el afectado pudiera necesitar para acreditar la ilegitimad de un ataque de chuponeo contra él.

III

Acerca de las demandas de amparo han opinado por escrito las siguientes entidades: el Ministerio Federal de Justicia en representación del gobierno federal, el gobierno de Bavaria, el delegado federal para la protección de datos, el delegado para la protección de datos de los estados federados de Berlín, Brandenburg, Bremen, Haumburgo, Hesse, Mecklenburg-Vorpommern, Baja Sajonia, Renania del Norte/Westfalia, Slesvig-Holstein, y Sajonía-Anhalt, el Colegio Federal de Abogados, la Asociación Alemana de Jueces y la comisión federal de especialistas Justicia del Sindicato Unido del sector servicios.

1. El Ministerio Federal de Justicia opina que las demandas de amparo carecen de fundamentos.

2. La medida de verificación para la modificación de la ley fundamental es sólo el artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) que se debe interpretar estrechamente por su carácter excepcional. La modificación del artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental no da lugar a una intervención en el ámbito absolutamente protegido del desarrollo de la vida privada. Los límites entre el ámbito íntimo intocable y el ámbito de la vida privada al cual el estado tiene acceso es muy difícil de describir de manera abstracta. Finalmente, se puede determinar sólo al ponderar bienes constitucionales de alto rango. La restricción del derecho fundamental de la inviolabilidad de la vivienda se basa en la ponderación de este derecho fundamental con el también importante bien constitucional de una persecución penal y una lucha contra el crimen efectivas. El significado del derecho fundamental a la inviolabilidad de la vivienda habría sido considerado por el legislador de la modificación constitucional mediante una estricta limitación de los requisitos de intervención.

Se habría limitado la intervención a delitos especialmente graves y se habría prescindido de una referencia al crimen organizado, porque no se trata de un término técnico jurídico sino de un término descriptivo del fenómeno criminal. Mediante artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) no sería indicado elevar el umbral de sospecha a una sospecha urgente. La sospecha urgente sería para la disposición de la detención preventiva. No se podría exigir para medidas de investigación, ya que éstas recién deberían posibilitar la fundamentación de una sospecha suficiente para la acusación. Se limita considerablemente el círculo de personas mediante el requisito que el acusado se encuentre presuntamente en la vivienda y por la severa subsidiaridad. Además no se debe interpretar el tenor literal del artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) de manera aislada. En la decisión sobre el uso de medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas se debe más bien considerar los derechos fundamentales de los afectados. El legislador cumplió este requisito mediante la restricción severa de la admisión de la medida en viviendas de personas no acusadas y mediante la prohibición de actuar y valorar las pruebas. Además los jueces deberían verificar al disponer la medida la proporcionalidad.

3)las normas de la ley para el mejoramiento de la lucha contra el crimen organizado impugnadas mediante las demandas de amparo son también compatibles con la Ley fundamental. El dispositivo § 100 c, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal concuerda con artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG). Los delitos mencionados son delitos especialmente graves. La circunstancia en que se redactó de manera amplia el ca-

tálogo de delitos tipificados no fundamenta una violación de la constitución. Sin embargo se debe interpretar a el dispositivo § 100 c, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal en el sentido de que no se considera una vigilancia acústica de vivienda si desde antemano la sospecha va en dirección de un delito menos grave. También el dispositivo § 100 c, párrafo 2, inciso 5 del Código Procesal Penal corresponde a los requisitos del artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) para la restricción de la intervención en el derecho fundamental de no acusados.

La restricción de la obligación de comunicar la intervención mediante el dispositivo § 101, párrafo 1 del Código Procesal Penal es compatible con artículo 13, párrafo 3 así como con artículo 19, párrafo 4 y artículo 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG). La norma aclara que se postergа sólo la comunicación de la intervención, pero que ésta no se puede omitir de manera completa. La postergación de la comunicación de la intervención por más de seis meses depende además del consentimiento del juez. Por lo demás, se reconoce en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal que existen tareas estatales, que requieren de confidencialidad para ser cumplidas.

En lo que concierne a la norma para proteger los derechos de negar el testimonio, el legislador ha efectuado una diferenciación justa. Un motivo para el derecho de negar el testimonio según § 52 del Código Procesal Penal no es una relación de confianza absolutamente protegida sino la consideración de posibles situaciones forzosas de los testigos. Por lo tanto, no es injusto que el legislador sólo previó para este círculo de personal una prohibición de valoración de prueba según una decisión de ponderación. Las normas impugnadas cumplen el mandato de determinación. Una precisión más profunda de los requisitos no ha sido posible para el legislador, ya que las medidas se basan en gran mayoría en pronósticos que no se prestan a una fijación conceptual. Los jueces deben tener la posibilidad de considerar las múltiples circunstancias del caso individual.

El gobierno de Bavaria opina que las demandas de amparo son parcialmente improcedentes y en lo demás no fundamentadas.

(2) La demanda de amparo de los recurrentes acerca de 1 es improcedente mientras se dirija directamente contra la ley para la modificación de la Ley Fundamental, ya que el artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) requiere primero la puesta en práctica legal simple y con ello todavía no conduce a una afectación de los derechos de los demandantes de amparo. Dudas acerca de la procedencia existen también contra la demanda de amparo de los recurrentes acerca de 2. En lo que concierne a las disposiciones contenidas en el artículo 13, párrafo 6 de la Ley Fun-

damental (GG), el dispositivo § 100 e del Código Procesal Penal sobre la obligación de informar del gobierno federal y de las fiscalías falta una afectación de los propios derechos. Improcedente es la demanda de amparo de los recurrentes acerca de 2 también, ya que por primera vez hacen objeto de sus alegaciones las disposiciones del dispositivo § 100 d, párrafo 4, inciso 3 y párrafo 5, inciso 2, § 100 f del Código Procesal Penal, mediante su escrito adicional del 17 de julio de 1999. En este sentido, el reclamo es presentado fuera del tiempo.

(3) la modificación del artículo 13 de la Ley Fundamental (GG) no viola el artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental. La cláusula perpetua tiene como objetivo evitar el ahondamiento de la constitución y no cambiarla. La facultad de vigilar electrónicamente viviendas no viola la dignidad humana intocable. La premisa que todas las conversaciones en una vivienda pertenecen al ámbito privado intocable es insostenible. Recién en el caso individual concreto y basándose en el derecho legislado concreto constitucional se podría sopesar y armonizar las cuestiones de bienestar público de la protección ante delitos de una parte y el derecho personal general de la otra parte. Si el legislador que modifica la constitución restringe en casos especiales el derecho de la esfera privada de ambientes para posibilitar la persecución de delitos graves con interés prioritario, entonces no pone a disposición el contenido central del artículo 13, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG), sino que se basa en él cuando hace su nuevo diseño.

También las normas procesales penales impugnadas no se pueden observar desde el punto de vista constitucional. En la determinación de los delitos especialmente graves se le otorga al legislador un margen de discrecionalidad. El artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) no excluye la realización de la vigilancia para averiguar el lugar donde se encuentra el autor del delito. Esto es parte de la persecución de un delito. Una vigilancia acústica sólo puede ser dirigida exclusivamente al acusado. Intervenciones en los derechos de terceros están además sujetas a una reserva de ultima *ratio*. Las normas de destrucción de datos representan una medida de protección adicional a las cuales se agregan las prohibiciones amplias de la actuación y valoración de pruebas. La imagen mostrada de los demandantes de amparo de una vigilancia acústica sin límites no es correcta. Según las experiencias hechas hasta ahora se puede partir de la premisa que se hace uso sólo rara vez de medidas según § 100 c, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal.

La nueva versión del § 101 del Código Procesal Penal resiste una evaluación constitucional. El legislador previó, basándose en una ponderación

correcta de los bienes jurídicos afectados, una postergación de la comunicación después de la confirmación respectiva por el juez. Además la obligación es respaldada adicionalmente por las obligaciones de informar del § 100 e del Código Procesal Penal. Las recriminaciones de los demandantes de amparo que el informe al parlamento federal no es adecuado para un control del caso aislado, cae en saco roto porque § 100 e, párrafo 2 del Código Procesal Penal sirve al legislador para observar la eficiencia de la norma así como para el control político, pero no tiene como objetivo una verificación de la legitimidad posterior por parte del parlamento. También las objeciones contra las normas de competencia en el § 101, párrafo 1, inciso 3 del Código Procesal Penal no proceden. Sólo por el hecho de que los conocimientos obtenidos de la vigilancia de viviendas en el caso de la continuación de su ocultación no han sido considerados por los jueces al fallar muestra que el artículo 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG) no es violado por esta norma. Finalmente la utilización de los datos obtenidos es regulada de manera precisa y específicamente según ámbito mediante § 100 d, párrafo 5, inciso 2 y § 100 f del Código Procesal Penal.

7. El delegado federal para la protección de datos comunica que él apoyó las modificaciones del artículo 13 de la Ley Fundamental (GG). En esencial, las sugerencias propuestas por él han sido consideradas. Esto vale especialmente para la limitación de la medida de investigación a la persecución de delitos especialmente graves. Opina que los dispositivos de protección previstos son suficientes. También la obligación de comunicación cumple los requerimientos constitucionales. Mediante la necesidad del consentimiento del juez para la continuación de la postergación de una comunicación se puede contrarrestar eficazmente el manejo arbitrario de la obligación. Un seguro adicional representa la obligación de informar al parlamento federal que se refiere al número y los motivos de las comunicaciones no realizadas.

8. Los delegados para la protección de datos a nivel de los estados federados que opinaron acerca de las demandas de amparo tienen dudas constitucionales contra las normas impugnadas. La vigilancia acústica de viviendas limitaría la posibilidad irrenunciable para la realización del derecho personal y de una vida digna de un ser humano de retirarse a su vivienda para comunicarse de manera inobservada. Además el informe sobre la experiencia en lo que concierne a los efectos de la vigilancia de viviendas del gobierno federal mostraría que la necesidad de esta medida no tiene fundamento alguno. El catálogo de delitos tipificados del § 100 c, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal no es compatible con artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG), ya que a pesar de la

pauta constitucional legal no se limita a delitos especialmente graves. La regulación del dispositivo § 100 d, párrafo 3 del Código Procesal Penal sobre la actuación y valoración de pruebas en el caso de personas con facultad de denegar el testimonio no considera que especialmente la conversación entre cónyuges pertenece al ámbito intocable del desarrollo de la vida privada. El dispositivo § 101, párrafo 1 del Código Procesal Penal requiere la interpretación conforme a la constitución, en el sentido de que los afectados van acompañados inevitablemente de co-afectados. Las normas sobre la valoración de conocimientos accidentales están por debajo de los estándares de la protección de datos porque, según el dispositivo § 100 d, párrafo 5, inciso 2, § 100 f del Código Procesal Penal, sólo la valoración como medio de prueba, pero no la valoración como enfoque de investigación, está vinculada a la sospecha de haber cometido un delito tipificado.

9. El Colegio Federal de Abogados opina que la modificación de la ley fundamental es compatible con artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental. Sin embargo las demandas de amparo serían fundamentados en el sentido de que las regulaciones de derecho simple impugnadas no aseguran que las personas afectadas de medidas de vigilancia serían informadas después de un lapso de tiempo oportuno. Se puede pensar que la consecuencia del dispositivo § 101 del Código Procesal Penal que limita de manera amplia a la obligación de comunicación sería una omisión de cualquier comunicación. Por lo tanto, § 101 del Código Procesal Penal viola el artículo 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental. Además, se debe observar que según el dispositivo § 100 d, párrafo 3, inciso 4 del Código Procesal Penal una vigilancia de la conversación entre el acusado y su defensor procedería ya si existe la sospecha de encubrimiento, obstaculización de la punición o receptación. Esto contradice a la garantía jurídica de la comunicación no-vigilada entre defensor y acusado. Sólo se puede considerar una limitación de esta garantía si el defensor es sospechoso de ser autor del delito o haber participado en uno de los delitos tipificados.

10. Según la opinión de la Asociación alemana de jueces no existen dudas constitucionales contra las normas impugnadas. Con la reserva del juez en § 100 d, párrafo 2 del Código Procesal Penal el legislador previó una garantía suficiente para el procedimiento legal. También los delitos tipificados seleccionados no se pueden observar bajo el punto de vista de la gravedad de la incriminación.

11. El grupo de expertos en Justicia del Sindicado Unido del sector servicios señala que se han confirmado las dudas acerca de la necesidad del «gran ataque del chuponeo» y de la aseveración en el procedimiento de legislación que se trate de una medida irrenunciable de la lucha contra el crimen por el poco número de disposiciones por año. No obstante las dudas

existentes contra la norma sustantiva de intervención, se le otorga especial importancia al diseño de la reserva del juez con miras a la profundidad de intervención. Aquí se necesitan, por encima de las regulaciones normales, garantías constitucionales adicionales. Según el modelo estadounidense debería existir el principio de la responsabilidad personal de los jueces competentes frente a los afectados y el público. Esto requiere una obligación de la Sala de Protección del Estado para con el control de la ejecución y del éxito de la medida. La Sala debería tener también la facultad de cancelar la medida de interceptar las conversaciones y de borrar en cualquier momento las informaciones sujetas a la prohibición de valoración. Finalmente, sería necesario la elevación de los requisitos de evaluación y fundamentación, sobre todo si se trata de prolongaciones de la medida de vigilancia.

IV

En la audiencia oral se manifestaron: los demandantes de amparo, el gobierno federal, el fiscal general, el delegado federal para la protección de datos, los delegados para la protección de datos de los Estados federados de Berlín y Sajonía-Anhalt, la Asociación Alemana de Jueces, el grupo federal de expertos Justicia del Sindicado Unido del sector servicios así como los expertos Prof. Dr. Kerner, Prof. Dr. Pfeiffer, el docente Dr. Kinzig, el fiscal superior Dr. Thier y el presidente de los jueces del tribunal regional de Schaberg.

B

En su mayoría las demandas de amparo son admisibles.

I

Sin embargo, la demanda de amparo del recurrente acerca de 1ª se archiva por causa de su fallecimiento (compare decisiones del Tribunal Constitucional Federal 6, 389 [442f.], 12, 311 [315]. La continuación del proceso por la esposa como heredera universal no es admisible. Una sucesión en derechos en el proceso sobre demandas de amparo no se considera por principio, ya que este tipo de procesos sirve regularmente a hacer valer derechos muy personales. Se han admitido excepciones con miras a reclamos que el derecho-habiente puede hacer valer por interés propio (compare con decisiones del Tribunal Constitucional Federal 6, 389 [442s.], 17, 86 [90 s.], 23, 288 [300], 37, 201 [206], 69, 188 [201]. Un tal interés que faculta la continuación de la demanda de amparo no es dado

en el caso de la esposa del demandante de amparo fallecido. La demanda de amparo tiene como objetivo exclusivo hacer valer los derechos muy personales del fallecido.

Bajo estas circunstancias se puede sólo fallar que el proceso se archive por el fallecimiento del demandante de amparo.

II

La demanda de amparo del recurrente acerca de 2 contra el dispositivo § 100 d, párrafo 4, inciso 3 y párrafo 5, inciso 2, § 100 f, párrafo 1 del Código Procesal Penal es inadmisible, ya que no ha sido presentada dentro del plazo de un año del § 93, párrafo 3 de la Ley Constitucional Federal.

Las normas impugnadas que regulan de un lado la utilización de los conocimientos obtenidos fuera del proceso de investigación correspondiente y del otro lado la destrucción de los datos no necesitados han sido introducidas en el Código Procesal Penal mediante el artículo 2 de la Ley para el mejoramiento de la lucha contra el crimen organizado. La ley entró en vigor según su artículo 7 el 9 de mayo de 1998. Recién con escrito del 17 de julio de 1999 los demandantes de amparo acerca de 2 han hecho objeto de sus alegaciones las regulaciones sobre la utilización y la destrucción de los datos obtenidos.

En este caso no se trata sólo de un suplemento de la alegación después de vencido el plazo de impugnación desde el punto de vista real y legal, sino de una ampliación del objeto del proceso inadmisible después de vencido el plazo. Según el dispositivo § 92 de la Ley Constitucional Federal se requiere de la denominación exacta del acto de soberanía que se quiere atacar con la demanda de amparo (compare decisión del Tribunal Constitucional Federal 8, 141 [142]). Por lo tanto, en el caso de normas jurídicas regularmente no es suficiente tomar toda la ley como objeto de la demanda de amparo. Más bien es necesario determinar cada una de las normas impugnadas con la demanda de amparo. Sin embargo, las normas acerca de la protección de datos no han sido mencionadas en el escrito inicial de la demanda de amparo.

III

.Por lo demás, las demandas de amparo son admisibles. Sobre todo a los demandantes de amparo acerca de 1b y 2 no les falta la facultad de plantear la demanda de amparo. Esto requiere, si se presenta una demanda de amparo dirigida directamente contra una ley, que el demandante de am-

paro es afectado él mismo directamente y en el presente en sus derechos fundamentales por la norma impugnada (compare decisiones del Tribunal Constitucional Federal 1, 97 [101 ss.]; 100, 313 [354]. Este requisito ha sido cumplido en lo que concierne a la objeción contra las normas del Código Procesal Penal.

Sin embargo falta una afectación directa en el sentido de que el demandante de amparo acerca de 1b ataca aparte de las normas complementarias del Código Procesal Penal también directamente la ley para la modificación de la Ley Fundamental del 26 de marzo de 1998. El artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG), introducido mediante la modificación de la Ley Fundamental, no da lugar a ninguna facultad constitucional de la intervención en los derechos fundamentales, sino que requiere la ejecución mediante ley simple. El diseño legal simple de la barrera de derecho fundamental realizó el legislador con el artículo 2 de la ley para el mejoramiento de la lucha contra el crimen organizado.

La validez de la normas legales simples, especialmente la facultad procesal penal de vigilar acústicamente viviendas en el dispositivo § 100 c, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal depende, sin embargo, de la no objeción de la modificación de la Ley Fundamental. Las objeciones contra la modificación del artículo 13 de la Ley Fundamental (GG) no deben verse bajo estas condiciones como objeciones independientes cuya improcedencia se debe resolver por separado, sino como estímulo para la revisión incidental de la admisibilidad de la modificación de la constitución, mientras que sea de importancia para la constitucionalidad de las normas impugnadas (compare decisión del Tribunal Constitucional Federal 30, 1 [17]. Esta revisión es parte de la tarea del Tribunal Constitucional Federal en este proceso.

Las demandas de amparo de los recurrentes acerca de 1b y 2 cumplen los requisitos de admisibilidad mientras que se dirijan contra la facultad otorgada por ley de vigilar acústicamente viviendas en § 100 c, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal y las demás normas conexas.

A los demandantes de amparo acerca de 1b y 2 les compete presentar una demanda de amparo directamente contra las normas impugnadas por ellos.

De manera general es requisito de una afectación directa de los derechos que un acto de la aplicación del derecho esté entre la norma legal abstracta y la esfera legal de los demandantes de amparo. Un demandante de amparo que ataca la ley en sí, por lo tanto debe poder alegar que sus derechos han sido violados justamente por la norma legal atacada y no

por su ejecución (compare decisión del Tribunal Constitucional Federal 16, 147 [158 s.]; 68, 287 [300]). Si la ley requiere como requisito jurídico para su ejecución o según la práctica estatal real de un acto de ejecución influenciado por la voluntad de la entidad ejecutora, entonces el demandante de amparo tiene en principio que atacar primero este acto y agotar la vía jurídica antes de presentar una demanda de amparo (compare con la decisión del Tribunal Constitucional 1, 97 [102 s.]).

Sin embargo, la demanda de amparo puede ser dirigida de manera excepcional contra una ley que requiere de ejecución si el demandante de amparo no puede tomar la vía jurídica porque ésta no existe (compare con la decisión del Tribunal Constitucional Federal 67, 157 [176]) o porque no ha sido informado de la medida (compare con la decisión del Tribunal Constitucional Federal 100, 313 [354]). En estos casos tiene el derecho a una demanda de amparo directamente contra la ley así como en aquellos casos en los cuales el recurso constitucional se produce sin acto de ejecución intermediario (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 30, 1 [16 s.]; 67, 157 [169f]; 100, 313 [354]).

El escuchar conversaciones no públicas en viviendas es una medida, de la cual el afectado no tiene conocimiento ni antes ni durante su realización, por lo que no puede acogerse a la protección jurídica de un tribunal especializado. La circunstancia de que el dispositivo § 101, párrafo 1 del Código Procesal Penal preve una comunicación posterior a los afectados de la medida dispuesta no impide la admisibilidad de la demanda de amparo. La presentación de una demanda de amparo directamente contra la ley no sólo es admisible si según la norma legal los afectados en ningún momento tienen conocimiento del acto de ejecución clandestino, sino por encima de esto también si se preve una comunicación posterior, pero es posible no hacerla a largo plazo basándose en amplios hechos excepcionales. Tampoco bajo estas circunstancias está garantizado que el afectado reciba una protección jurídica efectiva de tribunales especializados (compare Tribunal Constitucional Regional de Mecklenburg-Vorpommern [MVVerfG], LKV 2000, página 345 [346]). Tales hechos excepcionales contiene el dispositivo § 101, párrafo 1, del Código Procesal Penal, según el cual la comunicación se realiza recién si no está en peligro el objetivo de la investigación, la integridad física y la vida de una persona, la seguridad pública así como la posibilidad de la continuación de la utilización de un funcionario designado que investiga de manera encubierta. Especialmente según las últimas dos alternativas la comunicación a las personas afectadas puede ser postergado indeterminadamente.

Los demandantes de amparo acerca de 1b y 2 son también ellos mismos y en el presente caso, afectados por las normas impugnadas.

La posibilidad de la afectación propia y presente se cumple en principio si el demandante de amparo manifiesta que sus derechos fundamentales son afectados con alguna probabilidad mediante medidas que se basan en las normas legales impugnadas (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 67, 157 [169 s.]; 100, 313 [354]). El grado exigido de probabilidad depende de la posibilidad que tenga el demandante de amparo para exponer que es afectado (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 100, 313 [335s.]). En este sentido es importante si la medida está dirigida a un círculo de personas limitado estrechamente a los hechos (compare al respecto decisión del Tribunal Constitucional Federal, primera Cámara de la primera Sala, Gaceta Administrativa Alemana 2001, página 1057) o si existe un gran espacio de dispersión y terceros también pueden ser concernidos accidentalmente. Explicaciones mediante las que el demandante de amparo tendría que autoacusarse de haber cometido un delito, no pueden exigirse.

En este sentido, son suficientes las alegaciones de los demandantes de amparo para acreditar la afectación personal y presente, ya que conversaciones de ellos pueden ser objeto de una medida de ejecución basada en el dispositivo § 100 c, párrafo 1, numeral 3 del Código Procesal Penal. Cada persona es afectada es cada persona, en cuyos derechos personales se interviene mediante la vigilancia acústica de viviendas, aunque esta persona no sea objeto de la disposición.

La posibilidad de devenir objeto de una vigilancia acústica de vivienda existe prácticamente para cualquier persona y con ello también para los demandantes de amparo. No sólo la propia vivienda del acusado es objeto de la vigilancia acústica. Según el dispositivo § 100 c, párrafo 2, inciso 5 del Código Procesal Penal, se puede también vigilar todos los ambientes que comprende el término vivienda de terceros si el acusado presuntamente se encuentra en ellos. Con ello se puede afectar a dueños de viviendas que están bajo sospecha de haber cometido el delito, pero también aquellos que sólo están en contacto con el acusado sin estar implicado en el delito perseguido. Finalmente también aquellas personas son afectadas por la vigilancia que se encuentran como terceros no sospechosos en la vivienda del acusado o de otra persona que es objeto de la disposición. Según § 100 c, párrafo 3 del Código Procesal Penal, se puede realizar también las medidas si inevitablemente terceros son afectados.

C

En cuando a que las demandas de amparo son admisibles, son parcialmente fundamentados. Aunque la modificación constitucional en artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) cumpla los requisitos del artículo 79 de la Ley Fundamental (GG), las normas impugnadas del Código Procesal Penal no son completamente compatibles con la ley federal.

I

El artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) introducido mediante la modificación de la constitución es conforme a la constitución.

(4) El artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) permite una restricción del derecho fundamental de la inviolabilidad de la vivienda resultante de artículo 13, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG). Este derecho fundamental garantiza a cada individuo un ambiente elemental y le asegura el derecho de poder estar en él en tranquilidad (compare con la decisión del Tribunal Constitucional Federal 32, 54 [75]; 42,212 [219]; 51,97 [110]). El artículo 13, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG) protege la esfera privada de ambientes especialmente mediante un derecho de defensa (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 7, 230 [238]; 65, 1 [40]). La norma contiene la prohibición principal dirigido a los portadores del poder público de entrar en una vivienda y de quedarse en ella sin la voluntad del dueño de la vivienda (compare con la decisión del Tribunal Constitucional Federal 76, 83 [89 s.]), pero prohíbe también instalar en la vivienda interceptores o utilizarlos allí (compare con la decisión del Tribunal Constitucional Federal 65, 1 [40].

En el momento de la creación de la Ley Fundamental la Ley Fundamental del artículo 13, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG) servía sobre todo a la protección del dueño de la vivienda ante la presencia física no deseada de un representante del poder estatal. Desde entonces se agregaron nuevas posibilidades para la puesta en peligro del derecho fundamental. Los dispositivos técnicos modernos permiten entrar a la esfera ambiental también de otra manera. El objetivo de protección de la norma del derecho fundamental se frustraría si la protección ante una vigilancia de la vivienda mediante dispositivos técnicos, también si se emplean estos desde afuera, no serían comprendidos en la garantía del párrafo 1. Por lo tanto, el artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) crea una restricción constitutiva del derecho fundamental resultante de artículo 13, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

(5) El artículo 13, párrafo 3 de la ley se creó debidamente de manera formal.

Se introdujo el artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) en la Ley Fundamental mediante la ley para la modificación de la Ley Fundamental del 26 de marzo de 1998 que ha expresamente complementado el tenor literal de la Ley Fundamental (compare con artículo 79, párrafo 1, de la Ley Fundamental). La ley que modifica la constitución ha sido aprobada de acuerdo al artículo 79, párrafo 2 de la Ley Fundamental (GG) por el parlamento y el consejo federal con la necesaria mayoría de dos tercios.

(6) El legislador que modifica la constitución también consideró los límites jurídicos-sustantivos que mediante la Ley Fundamental han sido impuestos a la modificación constitucional.

(7) El artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) prohíbe modificaciones constitucionales que tocan los principios estipulados en artículo 1 y 20 de la Ley Fundamental (GG). Estos comprenden el mandato de respetar y proteger la dignidad humana (artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG), pero también suscribirse a la inviolabilidad y inajenabilidad de los derechos humanos como base de cualquier comunidad humana, de la paz y de la justicia (artículo 1, párrafo 2 de la Ley Fundamental (GG). En conexión con la indicación a los derechos fundamentales sucesivos en artículo 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental su garantía está fuera del alcance de las restricciones del legislador, ya que son irrenunciables para el mantenimiento de un orden conforme al artículo 1, párrafo 1 y 2 de la Ley Fundamental (GG) (compare con la decisión del Tribunal Constitucional Federal 84, 90 [121].

También se debe considerar elementos básicos del principio del estado de derecho y del estado social que son expresados en artículo 20, párrafo 1 y 3 de la Ley Fundamental (GG).

El artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) es una norma de excepción que debe interpretarse estrechamente que no impiden al legislador que modifica la constitución modificar el carácter jurídico-positivo de los principios por motivos justos (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 84, 90 [120 s.]; 94, 49 [102 s.]. El Tribunal Constitucional Federal tiene que respetar el derecho del legislador que modifica la constitución, de modificar, restringir o incluso de derogar algunos derechos fundamentales mientras que no toca los principios del artículo 1 y 20 de la Ley Fundamental (GG). No se prohíbe al legislador llevar a cabo por motivos justos modificaciones del carácter jurídico-positivo de estos principios (compare con decisión del Tribunal Constitucional Fede-

ral 94,49 [103 s.]. Lo que pertenece dentro del marco de algunos derechos fundamentales al contenido de garantía del artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG) se debe determinar de manera independiente al interpretar la norma del derecho fundamental correspondiente.

No se debe medir modificaciones de la constitución con la garantía del contenido esencial del artículo 19, párrafo 2 de la Ley Fundamental. Esta garantía vincula al legislador simple, pero no al que modifica la constitución. Tocar el contenido esencial en el sentido del artículo 19, párrafo 2 de la Ley Fundamental (GG) puede, sin embargo, en el caso individual afectar al mismo tiempo el contenido de la dignidad humana de un derecho fundamental protegido por artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG). Sin embargo, no se puede equiparar el contenido esencial con el contenido de la dignidad humana de un derecho fundamental. Una posible congruencia en el caso individual no cambia el hecho de que la única medida para una restricción de los derechos fundamentales al modificar la constitución es el contenido de dignidad humana protegido por artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG).

(8) El artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) es compatible con la garantía de la dignidad humana del artículo 1, párrafo 1 del derecho fundamental (GG).

La medida de la dignidad humana se debe concretizar más con miras a la situación especial, en la cual puede ocurrir el caso en conflicto. La vigilancia acústica de viviendas con fines de persecución penal no viola generalmente el contenido de dignidad humana del artículo 13, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG) y artículo 2, párrafo 1 en conexión con artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG). Sin embargo el modo y la manera de llevar a cabo una vigilancia de una vivienda puede conducir a una situación, en la cual se viola la dignidad humana. Contra ello actúa artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) mediante dispositivos legales expresos además de otras pautas resultante de la interpretación de la constitución. Por lo tanto, la autorización constitucional para introducir la vigilancia acústica de viviendas en artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) no viola el artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG), porque la norma legal necesaria puede y debe garantizar que no se viola la dignidad humana en el caso individual. La autorización del artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) abarca sólo la creación de normas, que garantizan esto.

aa) La dignidad humana es un principio constitutivo fundamental y constituye el valor constitutivo supremo (compare con decisión del Tri-

bunal Constitucional Federal 6, 32 [36]; 45, 187 [227]; 72, 105 [115]. El contenido de garantía de este término que señala valoraciones requiere de una concretización. Esto ocurre en la jurisprudencia al examinar cada hecho individual con miras al ámbito de vida que se necesita regular y haciendo grupos casuales y ejemplos que confirman la regla (compare acerca del artículo 100 de la Constitución Federal por ejemplo la decisión de la Corte Constitucional, Gaceta Oficial de Bavaria 1982, página 47 [50]. Frecuentemente se describe el término dignidad humana desde el procedimiento de su violación (compare decisión del Tribunal Constitucional Federal 1, 97 [104]; 27, 1 [6]; 30, 1 [25]; 72, 105 [115 ss.]). Reanudando a las experiencias en el tiempo del socialismo nacional en primer lugar se encontraban en el centro de la reflexión aspectos como maltrato, persecución y discriminación. Especialmente se trataba, como el Tribunal Constitucional Federal formulaba en una de sus decisiones, de la protección ante «humillación, estigmatización, persecución y destierro etc.» (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 1, 97 [104]). Luego obtuvo importancia la garantía de la dignidad humana con miras a nuevos peligros, por ejemplo en los años ochenta el mal uso de la recabación y valoración de datos (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 65, 1). En relación con el procesamiento de la injusticia cometida en la República Democrática Alemana la violación de principios de la humanidad, entre otros al obtener y pasar informaciones, devinieron objeto de la jurisprudencia (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 93, 213 [243]). En el momento sobre todo cuestiones de la protección de la identidad personal y de la integridad psíquica social determinan el análisis del contenido de dignidad humana.

(3) El Tribunal Constitucional Federal enfatizó repetidas veces que no es compatible con la dignidad humana que el ser humano sea objeto puro del poder del Estado (compare con decisiones del Tribunal Constitucional Federal 30, 1 [25s. Y 39 ss.]; 96, 375 [399]). En este sentido no se puede convertir a un delincuente, violando sus derechos sociales a ser valorado y respetado protegidos por la constitución, en un puro objeto de la lucha contra el crimen y de la ejecución procesal penal (compare con decisiones del Tribunal Constitucional Federal 45, 187 [228]; 72, 105 [116].

Sin embargo, la fuerza productiva de la fórmula del objeto tiene también sus límites (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 30, 1 [25]. El ser humano muchas veces es un puro objeto no sólo de las circunstancias y del desarrollo de la sociedad, sino también del derecho el cual tiene que acatar. La dignidad humana no es violada por ser el objeto de medidas de persecución penal, pero más bien si por el modo de las

medidas tomadas se cuestiona en principio la calidad de sujeto del afectado. Este es el caso si el tratamiento del poder público carece del respeto del valor que corresponde a cada ser humano por sí mismo. Tales medidas tampoco pueden ser realizadas en el interés de la efectividad de la administración de justicia penal y de la investigación de la verdad.

En este sentido el proceder clandestino del Estado no lleva en sí a una violación de la pretensión al respeto absolutamente protegida. Si alguien deviene objeto de observación no significa necesariamente el no respeto de su valor como ser humano. Sin embargo, al efectuar observaciones se debe salvaguardar un ámbito íntimo intocable del desarrollo de la vida privada (acerca de su garantía compare con las decisiones del Tribunal Constitucional Federal 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 32, 373 [378 s.]; 34, 238 [245]; 80, 367 [373]. Si el Estado interviniera en este ámbito, entonces violaría la libertad intocable otorgada a cada ser humano para desarrollar sus asuntos muy personales. Incluso los intereses mayoritarios de la colectividad no pueden justificar una intervención en este ámbito íntimo protegido del desarrollo de la vida privada (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 34, 238 [245]).

(4) También se concretiza la protección de la dignidad humana en el derecho fundamental resultante de artículo 13, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG). La inviolabilidad de la vivienda tiene una estrecha relación con la dignidad humana y al mismo tiempo está estrechamente relacionada con el mandato constitucional del respeto absoluto de una esfera del ciudadano exclusiva para su desarrollo privado y «muy personal». Se quiere asegurar el derecho del ser individual a poder estar en tranquilidad, sobre todo en su vivienda (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 75, 318 [328]; vea también decisión del Tribunal Constitucional Federal 51, 97 [110].

Al desarrollo de la personalidad en el ámbito íntimo del desarrollo de la vida privada pertenece la posibilidad de expresar proceso internos como sentimientos y emociones así como reflexiones, opiniones y experiencias de índole muy personal y esto sin tener el miedo de ser vigilado por entidades estatales. La protección incluye también expresiones de sentimientos, expresiones del subconsciente así como formas de expresión de la sexualidad. La posibilidad de su desarrollo correspondiente requiere que el individúo disponga para ello de un ambiente libre. También la comunicación confidencial necesita un substrato ambiental al menos en los casos donde el orden jurídico otorga una protección especial considerando el desarrollo muy personal de la vida del ciudadano y ellos confían en esta protección. Esto es regularmente la vivienda priva-

da, que puede ser cerrada para otros. Si el individúo dispone de tal ambiente puede estar solo y desarrollarse en él según su propia medida. La vivienda privada es como «último refugio» un medio para salvaguardar la dignidad humana. Esto, sin embargo, no requiere una protección absoluta de la vivienda privada, pero una protección absoluta de la conducta en estos ambientes, mientras que se trata del desarrollo individual en el ámbito íntimo del desarrollo de la vida privada.

(5) Esta protección no puede ser relativizada mediante la ponderación con intereses de persecución penal según el principio de proporcionalidad (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 34, 238 [245]; compare también con decisiones del Tribunal Constitucional Federal 75, 369 [380]; 93, 266 [293]). Aunque siempre van a existir formas de criminalidad especialmente graves y las correspondientes situaciones de sospecha, que a muchos les hace parecer más importante la efectividad de la administración de justicia penal como interés de bienestar común que salvaguardar la dignidad humana del acusado. Tal valoración está sin embargo prohibida al Estado mediante artículo 1, párrafo 1 y artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG).

bb) La vigilancia acústica de viviendas con fines de persecución penal viola en aquellos casos la dignidad humana si no se respeta al ámbito íntimo del desarrollo de la vida privada.

Si un hecho se puede clasificar dentro del ámbito íntimo depende si según su contenido tiene carácter muy personal y también de qué manera e intensidad influye la esfera de otros o los asuntos de la colectividad (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 80, 367 [374]). Decisivas son las características de cada caso (compare con decisiones del Tribunal Constitucional Federal 34, 238 [248]; 80, 367 [374]. Decisivo es si existe una situación en la cual basándose en indicios concretos o de manera típica y sin indicios reales en contra en el caso individual es afectado el ámbito íntimo intocable del desarrollo de la vida privada, por ejemplo al observar las expresiones de sentimientos íntimos o formas de expresión de la sexualidad.

cc) La autorización para la introducción de la vigilancia acústica de viviendas por ley en artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental no viola el artículo 79, párrafo 3 en conexión con artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, ya que sólo posibilita normas legales y las medidas a partir de ellas que salvaguardan estos límites. Restricciones de la facultad constitucional están contenidas de un lado en artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG), pero resultan además de otras normas que son

invocadas al interpretar sistemáticamente la constitución. Mientras que devienen significativos elementos del principio de proporcionalidad, estos no cuestionan toda la protección de la dignidad humana. Más bien se debe invocar sólo el principio de proporcionalidad como una restricción más en casos donde una medida de interceptar conversaciones no viola la dignidad humana. Las restricciones correspondientes de la facultad de vigilar acústicamente viviendas se dirigen, sin embargo, también a excluir el riesgo de violaciones del contenido de dignidad humana del artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) al realizar las medidas.

7. El artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) regula requisitos sustantivos y formales de la legitimidad de la intervención.

La vigilancia acústica según artículo 13, párrafo 3, inciso 1 de la Ley Fundamental (GG) es sólo admisible para la persecución de algunos delitos determinados en la ley que son especialmente graves si la sospecha está fundamentada con determinados hechos (compare con los impresos del parlamento federal 13/8650, página 4 ss). El legislador que modifica la constitución tomó en su mira sobre todo delitos que típicamente son cometidos por pandillas organizadas, especialmente por autores que pertenecen al así llamado crimen organizado (compare con impresos del parlamento federal 13/8650, p. 4, 13/9660, página 3). El esclarecimiento de tales delitos regularmente no se agota en la posibilidad de abrir una acusación pública, de una condena y la ejecución de la pena. Si se logra el objetivo del legislador que modifica la constitución a base de materiales de la ley de intervenir en el núcleo de este crimen organizado y de posibilitar esclarecer sus estructuras, existe la posibilidad que esto sirva indirectamente también a la prevención de más delitos.

Además el artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) requiere que la investigación de los hechos de otra manera sería desproporcionadamente difícil o no ofrecería ningún éxito. Con ello se determina claramente en el texto constitucional que la medida de interceptar conversaciones es una intervención especialmente grave en el derecho fundamental a la protección de la vivienda ultima *ratio* de la persecución penal. Además se considera sólo la vigilancia de una vivienda si y mientras el acusado se encuentre presuntamente en ella.

La observación de los requisitos constitucionales ha sido asegurada por el legislador que modifica la constitución mediante el requisito de una disposición del juez para llevar a cabo medidas de vigilancia. Previó que la disposición principalmente debe ser decidida por una sala de tres jueces y deber contener un plazo.

8. En el artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) no se describen de manera expresa todos los límites para la realización de la vigilancia acústica de viviendas con fines de persecución penal que resultan del mandato de proteger el ámbito íntimo intocable del desarrollo de la vida privada. Más límites resultan como en el caso de todas las normas de derecho fundamental de otras disposiciones constitucionales. El legislador que modifica la constitución no está obligado, también en el caso de modificaciones de normas de derecho fundamental, a normar de nuevo todas las reglas constitucionales significativas. El artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) en conexión con estas otras normas constitucionales está, por lo tanto, sujeto a la verificación según artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG).

9. Las restricciones del derecho fundamental introducidas mediante la modificación de la constitución deben interpretarse por lo tanto sistemáticamente, considerando otras normas de derecho fundamental, especialmente artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG) y aplicando el principio de la proporcionalidad. (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 30, 1 [20 s.]). Los límites de la interpretación del derecho constitucional están también para una norma creada mediante una modificación de la constitución en el momento donde se otorgue un sentido contrario a una norma clara en tenor y sentido, si se determina básicamente de nuevo el contenido normativo de una norma a interpretar o si se desacertaría el objetivo normativo en un punto significativo (compare con las decisiones del Tribunal Constitucional Federal 11, 77 [84 s.]; 33, 52 [69]; 54, 277 [299]; 82, 1 [11. ss.]).

10. Para la presunción de haber pasado estos límites en el presente caso no hay indicio, ya que el artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental faculta sólo para el diseño legal y considera suficientemente los límites de intervención exigidos por artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG). De manera complementaria se debe recurrir al principio de proporcionalidad. Tal interpretación no está en disconformidad con la voluntad del legislador que modifica la constitución.

Aunque existían durante las consultas acerca de la modificación de la constitución considerables controversias sobre los requisitos legales a crear para una vigilancia acústica de viviendas y los esfuerzos para modificar la versión finalmente adoptada del artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG), no han sido exitosos. Sin embargo, en ello no se manifestaba la voluntad del legislador que modifica la constitución de excluir futuras concretizaciones mediante otras normas constitucionales. En este sentido se señaló expresamente en el informe de la comisión legal del

parlamento federal acerca del proyecto de ley para la modificación del artículo 13 de la Ley Fundamental (GG), que se excluye desde el inicio la vigilancia electrónica de viviendas si los hechos son sujetos al ámbito íntimo intocable del desarrollo de la vida privada protegido por el artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG). Como ejemplo se indica la conversación pastoral y las conversaciones muy personales con los familiares más cercanos. Se agregó que el principio de proporcionalidad sólo se aplica si el ámbito íntimo absolutamente protegido es afectado. Para este caso se señala la necesidad adicional de manejar más estrictamente los requisitos de admisibilidad de la intervención, dependiendo de la intensidad del efecto de la vigilancia en el caso individual (compare con los impresos del parlamento federal 13/9660, página 4). Estas consideraciones muestran que también el legislador que modifica la constitución salió de la premisa de la necesidad de una interpretación más restrictiva y especialmente orientada a la dignidad humana del artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG). Asumió que este requisito se cumple sin más dispositivos expresos con el artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) que por sí es muy detallado.

El rechazo de solicitudes y la inclusión de más restricciones, especialmente de derechos de denegar el testimonio, en el artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG), no significa que se cuestionó con ello la significancia de la garantía de la dignidad humana en el marco de las disposiciones constitucionales modificadas. Tales expresiones tampoco se encuentran en las actas de las consultas parlamentarias. La significancia de otras normas constitucionales aparte del artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) ha sido más bien enfatizado expresamente. Por ejemplo por el parlamentario Schily cuando dijo que al decidir si se puede realizar una medida de vigilancia acústica se debe considerar artículo 1 de la Ley Fundamental, lo que podría conducir a que ésta desde el inicio es excluida. (compare con miembro del parlamento Schily, 214. sesión del 13. parlamento federal alemán del 16 de enero de 1998, informe dactilográfico tomo 191, página 19549). Además el parlamentario expresó que no se debería estipular en artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) aquellas garantías constitucional que en todas las maneras valen (compare con el miembro del parlamento Schily, 197. sesión del 13. parlamento federal alemán del 9 de octubre de 1997, informe dactilográfico tomo 189, página 17694).

(9) Se debe entender al artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) en el sentido de que su diseño legal debe excluir la recabación de informaciones mediante la vigilancia acústica de viviendas en aquellos casos en los cuales la medida de investigación interviene en el ámbito

intocable del desarrollo de la vida privada protegido por artículo 13, párrafo 1 en conexión con artículo 1, párrafo 1 y artículo 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG).

12. Por lo tanto, se necesitan las correspondientes regulaciones legales que aseguren considerando el principio de la claridad de normas que el modo y la manera de realizar la vigilancia acústica de la vivienda conduzca a una violación de la dignidad humana. La vigilancia debe excluirse desde el inicio en situaciones en las cuales existen indicios que se podría violar la dignidad humana mediante la medida. Si además la vigilancia acústica de vivienda conduce repentinamente a la recabación de información absolutamente protegida, debe ser cancelada y los registros deben ser borrados. Cualquier utilización de estos datos absolutamente protegidos y recabados en el marco de una persecución penal es excluida.

- Disposiciones para la protección de la dignidad humana no sólo se requieren en situaciones en las cuales el individúo está solo consigo mismo, sino también en momentos en que se comunica con otros (compare con la decisión del Tribunal Constitucional Federal 6, 389 [433]; 35, 202 [220]). El ser humano como persona se realiza también en el núcleo de su personalidad necesariamente en conexiones sociales (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federl 80, 367 [374]). La clasificación de un hecho al ámbito intocable del desarrollo de la vida privada o – si éste no es afectado – al ámbito social, que está abierto a la intervención estatal bajo ciertas condiciones, no puede realizarse, por lo tanto, basándose en si existe una importancia social o una relación. Más bien es decisivo de qué tipo y en qué intensidad será la intervención en cada caso (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 80, 367 [374]).

- Conversaciones que contienen indicaciones sobre delitos cometidos pertenecen, según su contenido, no al ámbito intocable del desarrollo de la vida privada (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 80, 367 [375]). Sin embargo, de ello no se puede concluir que cada conexión entre la sospecha de un delito cometido y las expresiones del inculpado sean suficientes para afirmar una conexión social. Registros o expresiones en un diálogo que, por ejemplo, representan exclusivamente impresiones interiores y sentimientos y no contienen indicios concretos a delitos, no obtienen por el hecho de que puedan poner al descubierto causas o motivos para una conducta punible una conexión común. Sin embargo, una conexión social suficiente existe en el caso de expresiones que se refieren directamente a un delito concreto.

- Interceptar y escuchar palabras no públicas expresadas en viviendas no debe realizarse para impedir intervenciones en al ámbito íntimo del desarrollo de la vida privada si alguien se encuentra solo o exclusivamente con personas en la vivienda, con las cuales tiene una relación de confianza que pertenece al especial ámbito íntimo, por ejemplo con familiares u otras personas de confianza, y no existen indicios concretos que las conversaciones a esperar muestren, según su contenido, una referencia directa al delito. Aunque no todas las conversaciones que tiene un individuo con sus personas de confianza más cercanas pertenecen al ámbito íntimo del desarrollo de la vida privada, sin embargo, en el interés de la efectividad de la protección de la dignidad humana existe una sospecha a su favor. Se excluyen medidas de intercepción de conversaciones si existe la probabilidad que con ello se interceptan conversaciones absolutamente protegidas.

- Para la clasificación de un hecho el contenido de la conversación es importante. Regularmente se recibe recién certeza sobre la clasificación al ámbito de lo muy personal o al ámbito social con la recabación de la información. La protección del ámbito íntimo del desarrollo de la vida privada exige que deban existir antes de optar por la medida de la vigilancia acústica indicios reales de los cuales se pueda al menos concluir de manera tipificante que la conversación no va a tocar el ámbito de lo muy personal. No se debe realizar la medida de investigación en los casos donde la interceptación de conversaciones no públicas en viviendas con probabilidad podrá llevar a violaciones del ámbito íntimo.

En este sentido, las agencias ejecutorias de la ley deben considerar antes del comienzo de una medida en el marco del pronóstico posibles indicadores para acciones relevantes del ámbito íntimo en la vivienda a vigilar. Esto también es posible en la práctica.

4. Primeros indicios para la estimación de la situación pueden resultar de los ambientes a vigilar.

À) En este sentido, las conversaciones sostenidas en ambientes de negocio y de la empresa regularmente tienen carácter de negocio y, por lo tanto, una conexión social típica (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 34, 238 [248]). Conversaciones en ambientes, que se usan exclusivamente para fines empresariales y de negocio son parte de la protección del artículo 13, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG), pero no afectan el contenido de dignidad humana del derecho fundamental si falta en la conversación concreta una conexión al ámbito personal. Los ambientes de negocios se caracterizan según la determinación de su objetivo por una mayor abertura hacia fuera (compare con decisión del Tribunal Constitu-

cional Federal 32, 54 [75]). Les falta regularmente la familiaridad y el recogimiento de la vivienda privada. Por lo tanto, es justificado de considerarlas dentro del marco de las consideraciones tipificantes como ambientes con menor protección, en comparación con ambientes privados. Si a pesar de ello se sostienen en ellos conversaciones muy personales, entonces entra en vigor la protección absoluta si se puede reconocer concretamente.

De manera diferente se debe clasificar ambientes que sirven tanto para el trabajo como para vivir. A ellos no se aplica la sospecha del carácter netamente de negocios de las conversaciones sostenidas en ambientes de trabajo. Lo mismo vale para los ambientes que sirven para las profesiones que requieren una relación de confianza especial que concierne al ámbito de lo muy personal.

ß) Una sospecha de conversaciones del ámbito íntimo intocable existe en ambientes que sirven de manera típica o en el caso individual, como ámbitos de refugio del desarrollo de la vida privada. Sin embargo, dentro de la vivienda privada generalmente no es posible distinguir según los diferentes ambientes. También acciones y conversaciones muy personales no tienen que limitarse a determinados ambientes dentro de una vivienda privada. El individuo en general considera cada ambiente de su vivienda como igual y se siente en todos de la misma manera como no observado. Va contra la diversidad del uso individual de una vivienda privada el clasificar y tipificar las acciones según los diferentes ambientes. Por lo tanto, está excluido establecer el ámbito íntimo de la esfera privada ambiental en determinadas partes de una vivienda privada.

5. También se debe considerar que la probabilidad de intervenir mediante medidas de vigilancia en el ámbito íntimo de lo personal está influenciado por quién se encuentra en la vivienda a vigilar.

Un indicio importante para la relevancia de la dignidad humana en el contenido de una conversación consiste en la presencia de personas de confianza muy personal. El individuo constituye su personalidad en primera línea a través de la interacción con otros, es decir en la comunicación. El matrimonio y la familia tienen en este sentido para la comunicación en el ámbito muy personal, especialmente en el ámbito íntimo, una especial significancia. En este sentido una comunicación con el cónyuge que fácilmente se da dentro de la familiaridad del matrimonio y no se limita a temas se basa en la esperanza que este hecho no sea observado por personas ajenas. Lo mismo vale para conversaciones con otros familiares muy estrechos, como por ejemplo entre hermanos y con familiares de línea directa, especialmente si viven dentro de la misma casa. Aparte del ar-

tículo 13, párrafo 1 de la Ley Fundamental se aplica en este caso también artículo 6, párrafo 1 y 2 de la Ley Fundamental.

La protección del ámbito íntimo del desarrollo abarca también la comunicación con otras personas de especial confianza (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 90, 255 [260]). Este círculo comprende sólo en parte el de las personas con derecho a denegar el testimonio mencionadas en §§ 52 y 53 del Código Procesal Penal. Las prohibiciones de intercepción de conversaciones resultante del ámbito íntimo del desarrollo de la vida privada no son idénticas a los derechos procesales penales a denegar el testimonio. El dispositivo § 52 del Código Procesal Penal no se creó para proteger la relación de confianza entre los familiares citados allí y el acusado. Más bien como enfoque prioritario se quiere considerar la situación disyuntiva del testigo, que está sujeto a la obligación de decir la verdad y debe temer afectar con ello a un familiar. El derecho a denegar el testimonio vincula además el criterio formal de la relación de parentesco y no a la relación especial de confianza que especialmente puede existir entre amigos estrechamente personales.

Aunque el dispositivo § 53 del Código Procesal Penal protege según su idea fundamental la relación de confianza entre el testigo y el acusado, esta protección no se presenta en todos los casos del dispositivo § 53 del Código Procesal Penal por motivos de la dignidad humana del acusado o de la persona con la cual sostuvo la conversación. Sin embargo, esta suposición es correcta en el caso de la conversación pastoral con un clérigo. En este sentido, la protección de la confesión o de las conversaciones con carácter de confesión pertenece al contenido constitucional de dignidad humana al ejercer la religión en el sentido del artículo 4, párrafo 1 y 2 de la Ley Fundamental (GG). También la conversación con el defensor penal tiene esta función importante para la protección de la dignidad humana de poder llevar a que el acusado no deviene un puro objeto del proceso penal. Las conversaciones con el médico pueden ser clasificadas en el caso individual al ámbito íntimo intocable del desarrollo de la vida privada (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 32, 373 [379]. Sin embargo, los derechos a denegar el testimonio de los miembros de la prensa y de los parlamentarios no tienen una conexión directa al ámbito íntimo del desarrollo de la vida privada. Se otorgan por causas de la capacidad funcional de las instituciones y no a causa de la protección personal de los acusados.

- La vigilancia acústica de viviendas privadas debe – aunque en principio es admisible – limitarse a situaciones de conversación con probabilidad de tener un contenido relevante para el proceso penal. En el

caso dado se debe asegurar mediante las pre-investigaciones pertinentes, que no tocan la protección del ámbito íntimo del desarrollo de la vida privada, que la vigilancia acústica de viviendas se limite a procedimientos relevantes para el proceso en la vivienda. Por ejemplo no se puede intervenir en el ámbito íntimo absoluto del desarrollo de la vida privada para recién entonces constatar si la recabación de la información afecta este ámbito.

Una «vigilancia completa de 24 horas» en todos los ambientes será regularmente inadmisible por el sólo hecho de que es grande la probabilidad de que con ello se escuchen conversaciones muy personales. También se viola a la dignidad humana si la vigilancia dura por un período de tiempo prolongado y es tan completa, que sin falta todos los movimientos y expresiones de la vida del afectado son registrados y podrán ser base para un perfil personal (acerca de este riesgo compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 65, 1 [42 s.]).

Mientras que no existe, por suficientes indicios exteriores del registro de conversaciones absolutamente protegidas, una prohibición de la vigilancia acústica de viviendas, se puede escuchar las conversaciones del acusado para ver si contienen informaciones para la valoración procesal penal.

No se puede objetar desde el punto de vista constitucional un primer «examen» bajo estas condiciones, que es necesario para la evaluación del contenido de la conversación desde el punto de vista de la protección de la dignidad humana. Sin embargo, se debe asegurar mediante medidas adecuadas la mayor reserva (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 80, 367 [375, 381]). Así, es posible que la protección del artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental (GG) requiere renunciar al registro automático de las conversaciones durante la vigilancia de una vivienda privada para tener la posibilidad de interrumpir en todo momento las medidas de investigación.

En el caso que en el marco de una vigilancia de una vivienda ocurra una situación que pertenece al ámbito íntimo intocable del desarrollo de la vida privada, se debe cancelar la vigilancia. Registros realizados a pesar de ello deben ser destruidos. Está prohibido pasar esta información a otra persona o valorarla. Se debe interpretar al artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) en el sentido de que en el caso de este tipo de registros deben existir prohibiciones de valorar los medios probatorios (para anclar estas obligaciones en la Constitución compare con decisión del Tribunal Constitucional 44, 353 [383 s.]), compare también con decisión del Tribunal Constitucional Federal 34, 238 [245 ss.]).

6. El artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) tampoco viola los principios del estado de derecho. Por ello no se necesita aclarar en qué medida el artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) declara elementos del principio del estado de derecho como irrevocables.

El artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG) no restringe el principio de la proporcionalidad, sino deja su validez también para la vigilancia acústica de viviendas intocado y contiene además concretizaciones que lo consideran.

El mandato de un proceso justo no es afectado por el artículo 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (GG). Este principio abarca el derecho a la libertad de testificar y decidir dentro del proceso penal, que es reflejado entre otros en los artículos §§ 136 a, 163 a, párrafo 4, inciso 2 del Código Procesal Penal. Esto incluye que en el marco del proceso penal no se puede obligar a nadie a acusarse mediante la propia declaración de haber cometido un delito o de contribuir a demostrar su culpabilidad (compare con decisión del Tribunal Constitucional Federal 56, 37 [49]). Tal influencia sobre la conversación falta en relación con la vigilancia acústica llevada a cabo clandestinamente.

La clandestinidad de medidas de persecución penal no viola como tal la prohibición de engañar que está arraigada en el mandato de un proceso justo. Aunque la intercepción clandestina de conversaciones se aprovecha de la idea errónea del afectado en lo que concierne a la protección de su vivienda, la expresión del acusado se basa en su decisión voluntaria. Sin embargo, no voluntario es el poner a disposición del poder estatal estas expresiones. Pero las investigaciones encubiertas son un requisito inevitable para el éxito de una serie de medidas de persecución penal que sólo por ello, no violan el principio del Estado de derecho.

Sentencia del Tribunal Constitución Español. Dignidad y vigilancia acústica

Recurso de Amparo N° 3468/1997.
Derecho Fundamental a la libertad religiosa y de culto
Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar

DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTO: Contenido: comprende un espacio, con dimensión interna, de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso vinculado a la propia personalidad y dignidad individual y también una dimensión externa de «agere licere» que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros; Titulares: menores de edad: titulares plenos de sus derechos fundamentales a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y su facultad de disponer sobre ellos puedan decidirlo aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute por parte del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar; Límites: el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; Relación con otros derechos: derecho a la vida: condición de garante de los padres respecto de la vida del menor: exigencia de una acción suasoria sobre su hijo y permisiva de transfusión sanguínea que afecta al propio núcleo de sus convicciones religiosas que, sin embargo, no fue obstáculo para el ejercicio de la acción tutelar del poder público, al cual no se opusieron: vulneración existente.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA: Alcance: valor superior del ordenamiento: colisión con otros derechos fundamentales: principio de concordancia práctica: exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante:libertad religiosa: decisión judicial autorizando la transfusión al hijo de los recurrentes y acatamiento por parte de los padres: la efectividad del derecho preponderante no queda impedida por el ejercicio de la libertad religiosa de sus padres.

Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año I - N.º 2 - agosto - diciembre, Lima, 2005

Recurso de amparo contra Sentencias, ambas de fecha 27-06-1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la primera de ellas estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 20-11-1996, que había absuelto a los demandantes de amparo como autores responsables de un delito de homicidio por omisión y la segunda los condena, como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión. Vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa: existencia: otorgamiento de amparo.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, D. Tomás S. Vives Antón, D. Pablo García Manzano, D. Pablo Cachón Villar, D. Vicente Conde Martín de Hijas, D. Guillermo Jiménez Sánchez, Dª María Emilia Casas Baamonde, D. Javier Delgado Barrio, Dª Elisa Pérez Vera y D. Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY la siguiente SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3468/1997, promovido por don Pedro A. T. y doña Lina V. R., representados por la Procuradora doña Pilar A. A. L. y asistidos por el Abogado don Julio R. G., contra las Sentencias, ambas -primera y segunda- de igual fecha, 27 de junio de 1997 (RJ 1997, 4987), y con igual número, 950/1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 3248/1996, que resolvieron recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 20 de noviembre de 1996 de la Audiencia Provincial de Huesca, en la causa núm. 2/1995, seguida por delito de homicidio, procedente del Juzgado de Instrucción de Fraga. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Cachón Villar, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 31 de julio de 1997, la Procuradora de los Tribunales doña Pilar A. A. L., en nombre y representación de don Pedro A. T. y doña Lina V. R., interpuso recurso de amparo contra las Sentencias, primera y segunda, ambas de igual fecha, 27 de junio de 1997 (RJ 1997, 4987) de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictadas en recurso de casación formulado contra la Sentencia, de fecha 20 de noviembre de 1996, de la Audiencia Provincial de Huesca, a la que casaron y anularon, condenando a dichos recurrentes por delito de homici-

dio con la circunstancia atenuante, muy cualificada, de obcecación o estado pasional.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo relevantes para la resolución del caso son sustancialmente los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción de Fraga tramitó sumario, por el procedimiento ordinario, con el número 2/1995 por el fallecimiento del menor Marcos A. V., en el que, abierto el juicio oral, fueron acusados los ahora recurrentes en amparo. Vista la causa en juicio oral y público por la Audiencia Provincial de Huesca, ésta dictó Sentencia con fecha 20 de noviembre de 1996, cuyo pronunciamiento es del tenor literal siguiente: «Que debemos absolver y absolvemos libremente a los acusados Pedro A. T. y Lina V. R. del delito que se les venía imputando, dejando sin efecto cuantas medidas, personales y reales, se han acordado en esta causa, y en sus piezas, contra sus personas y contra sus bienes, declarando de oficio el pago de las costas causadas».

El delito de que se les acusaba, en concepto de autores, por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas era el de homicidio por omisión, previsto y penado en el art. 138, en relación con el art. 11, ambos del Código Penal de 1995 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), por estimarse aplicable como norma más favorable. Se estimaban concurrentes la circunstancia atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que producen obcecación, como muy cualificada, y la circunstancia agravante de parentesco, previstas respectivamente en los arts. 21.3 y 23 de dicho Código. Se pedía para cada uno de ellos la pena de cuatro años de prisión, accesorias y costas.

b) En la expresada Sentencia se declararon como probados los siguientes hechos: «Los acusados Pedro A. T., agricultor, y su esposa Lina V. R., ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, mejor circunstanciados en el encabezamiento de esta resolución, en el mes de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro venían residiendo en Ballobar (Huesca) junto con su hijo Marcos A. V., quien entonces tenía trece años de edad. Pues bien, el menor Marcos tuvo una caída con su bicicleta el día tres de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, ocasionándose lesiones en una pierna, sin aparente importancia; tres días después, el día seis, sangró por la nariz, siendo visto, a petición de sus padres, por un ATS que no le dio tampoco más importancia; y el jueves día ocho lo hizo más intensamente, poniéndose pálido, por lo que su madre lo llevó a la Policlínica que sanitariamente les correspondía, la de Fraga (Huesca) donde aconsejaron el traslado del menor al hospital Arnau de Lérida, traslado que ambos acusados hicieron con su hijo ese mismo jueves, llegando a dicho centro alrededor de las nueve o las diez de la noche. Los médicos del centro, tras las pruebas que estimaron pertinentes, detecta-

ron que el menor se encontraba en una situación con alto riesgo hemorrágico prescribiendo para neutralizarla una transfusión de seis centímetros cúbicos de plaquetas, manifestando entonces los padres del menor, los dos acusados, educadamente, que su religión no permitía la aceptación de una transfusión de sangre y que, en consecuencia, se oponían a la misma rogando que al menor le fuera aplicado algún tratamiento alternativo distinto a la transfusión, siendo informados por los médicos de que no conocían ningún otro tratamiento, por lo que entonces solicitaron los acusados el alta de su hijo para ser llevado a otro centro donde se le pudiera aplicar un tratamiento alternativo, petición de alta a la que no accedió el centro hospitalario por considerar que con ella peligraba la vida del menor, el cual también profesaba activamente la misma religión que sus progenitores, rechazando, por ello, consciente y seriamente, la realización de una transfusión en su persona. Así las cosas, el centro hospitalario, en lugar de acceder al alta voluntaria solicitada por los acusados, por considerar que peligraba la vida del menor si no era transfundido, solicitó a las cuatro horas y treinta minutos del día nueve autorización al Juzgado de guardia el cual, a las cinco de la madrugada del citado día nueve de septiembre, autorizó la práctica de la transfusión para el caso de que fuera imprescindible para salvar la vida del menor, como así sucedía, pues la misma era médicamente imprescindible para lograr a corto plazo la recuperación del menor, neutralizando el alto riesgo hemorrágico existente, y poder así continuar con las pruebas precisas para diagnosticar la enfermedad padecida y aplicar en consecuencia el tratamiento procedente.

Una vez dada la autorización judicial para la transfusión, los dos acusados acataron la decisión del Juzgado, que les fue notificada, de modo que no hicieron nada para impedir que dicha decisión se ejecutara, aceptándola como una voluntad que les era impuesta en contra de la suya y de sus convicciones religiosas; es más, los acusados quedaron completamente al margen en los acontecimientos que seguidamente se desarrollaron. Haciendo uso de la autorización judicial los médicos se dispusieron a realizar la transfusión, pero el menor, de trece años de edad, sin intervención alguna de sus padres, la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral. Por esa razón, los médicos desistieron de la realización de la transfusión procurando repetidas veces, no obstante, convencer al menor para que la consintiera, cosa que no lograron. Al ver que no podían convencer al menor, el personal sanitario pidió a los acusados que trataran de convencer al niño los cuales, aunque deseaban la curación de su hijo, acompañados por otras personas de su misma religión, no accedieron a ello pues, como su hijo, consideraban que la Biblia, que Dios,

no autorizaba la práctica de una transfusión de sangre aunque estuviera en peligro la vida. Así las cosas, no logrando convencer al menor, el caso es que los médicos desecharon la posibilidad de realizar la transfusión en contra de su voluntad, por estimarla contraproducente, por lo que, sin intervención alguna de los acusados, tras desechar los médicos la práctica de la transfusión mediante la utilización de algún procedimiento anestésico por no considerarlo en ese momento ético ni médicamente correcto, por los riesgos que habría comportado, después de consultarlo telefónicamente con el Juzgado de guardia, considerando que no tenían ningún otro tratamiento alternativo para aplicar, en la mañana del día nueve, viernes, aunque pensaban, repetimos, que no existía ningún tratamiento alternativo, accedieron los médicos que lo trataban a la concesión del alta voluntaria para que el menor pudiera ser llevado a otro centro en busca del repetido tratamiento alternativo, permaneciendo no obstante el niño en el hospital Arnau de Lérida unas horas más pues los padres, los acusados, pedían la historia clínica para poder presentarla en un nuevo centro, no siéndoles entregada hasta alrededor de las catorce horas; procediendo los dos acusados, ayudados por personas de su misma religión, a buscar al que consideraban uno de los mejores especialistas en la materia, siendo su deseo que el niño hubiera permanecido hospitalizado hasta localizar al nuevo especialista médico. No obstante, por causas que se ignoran, probablemente por considerar el centro hospitalario que entregada la historia clínica la presencia del menor dentro del centro ya no tenía ningún objeto si no le podían aplicar la transfusión que el niño precisaba, por la tarde del día nueve de septiembre, viernes, los acusados llevaron a su hijo a su domicilio, continuando con las gestiones para localizar al nuevo especialista, concertando finalmente con él una cita para el lunes día doce de septiembre, siempre de mil novecientos noventa y cuatro, en el Hospital Universitario Materno-infantil del Vall d'Hebrón de Barcelona, al que, siendo aproximadamente las diez de la mañana, se trasladaron los acusados acompañando a su hijo. Una vez en dicho Hospital el niño fue reconocido en consulta siéndole diagnosticado un síndrome de pancetopenia grave debido a una aplaxia medular o a infiltración leucémica, considerando urgente nuevamente la práctica de una transfusión para neutralizar el riesgo de hemorragia y anemia y proceder, a continuación, a realizar las pruebas diagnósticas pertinentes para determinar la causa de la pancetopenia e iniciar luego su tratamiento. Los acusados y el mismo menor, nuevamente, manifestaron que sus convicciones religiosas les impedían aceptar una transfusión, firmando ambos acusados un escrito en dicho sentido, redactado en una hoja con el membrete del Hospital Universitario Materno-infantil del Vall d'Hebrón. Así las cosas, como quiera que en este centro nadie creyó procedente pedir una nueva autorización judicial para efectuar la trans-

fusión, ni intentar nuevamente realizarla haciendo uso de la autorización judicial emitida por el Juzgado de Lérida, ni intentar tampoco efectuarla por propia decisión de los mismos médicos adoptada, en defensa de la vida, por encima de la determinación tomada, por motivos religiosos, por el paciente y sus padres pues el caso es que los acusados, los padres del menor, acompañados por personas de su misma religión, pensando que pecaban si pedían o aprobaban la transfusión, como quiera que deseaban la salvación de su hijo, al que querían con toda la intensidad que es usual en los progenitores, antes de llevar al menor a su domicilio se trasladaron con él al Hospital General de Cataluña, centro privado cuyos servicios habrían de ser directamente sufragados por los acusados, en el que nuevamente, con todo acierto, reiteraron los médicos la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, que fue nuevamente rechazada por los acusados y por su hijo, por sus convicciones religiosas, por considerarla pecado, sin que nadie en este centro tomara nuevamente la determinación de realizar la transfusión contra la voluntad del menor y de sus padres, por su propia decisión o usando la autorización del Juez de Lérida, que conocían en el centro, o solicitando una nueva autorización al Juzgado que correspondiera de la ciudad de Barcelona, por lo que los acusados, no conociendo ya otro centro al que acudir, emprendieron con su hijo el camino de regreso a su domicilio, al que llegaron sobre la una de la madrugada del martes día trece de septiembre donde permanecieron durante todo ese día, sin más asistencia que las visitas del médico titular de Ballobar quien, por su parte, consideró que nada nuevo podía aportar que no estuviera ya en los informes hospitalarios, no estimando pertinente ordenar el ingreso hospitalario pues el menor, quien permanecía consciente, ya provenía de un ingreso de esa naturaleza, según pensó el médico titular de la localidad, por lo que así permaneció el niño hasta que el miércoles día catorce de septiembre el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca), en cuyo partido se encuentra Ballobar (Huesca), tras recibir un escrito del Ayuntamiento de esta última localidad informando sobre la situación del menor, acompañado con un informe emitido por el médico titular ese mismo día catorce (en el que se constataba que el menor empeoraba progresivamente por anemia aguda posthemorrágica, que requería con urgencia hemoderivados), tras oír telefónicamente al Ministerio Fiscal, dispuso mediante Auto de ese mismo día catorce, autorizar la entrada en el domicilio del menor para que el mismo recibiera la asistencia médica que precisaba, en los términos que el facultativo y el forense del Juzgado consideraran pertinente, es decir, para que fuera transfundido, personándose seguidamente la comisión judicial en el domicilio del menor, cuando éste estaba ya con un gran deterioro psicofísico (respondiendo de forma vaga e incordinada a estímulos ex-

ternos), procediendo los acusados, una vez más, después de declarar sus convicciones religiosas, a acatar la voluntad del Juzgado, siendo el propio padre del menor quien, tras manifestar su deseo de no luchar contra la Ley, lo bajó a la ambulancia, en la que el niño, acompañado por la fuerza pública, fue conducido al Hospital de Barbastro, donde llegó en coma profundo, totalmente inconsciente, procediéndose a la realización de la transfusión ordenada judicialmente, sin contar con la voluntad de los acusados quienes, como siempre, no intentaron en ningún momento impedirla una vez había sido ordenada por una voluntad ajena a ellos, siendo luego el niño trasladado, por orden médica, al Hospital Miguel Servet de Zaragoza, al que llegó hacia las veintitrés horas y treinta minutos del día catorce de septiembre, con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral, falleciendo a las veintiuna horas y treinta minutos del día quince de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro. Si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones que precisaba habría tenido a corto y a medio plazo una alta posibilidad de supervivencia y, a largo plazo, tal cosa dependía ya de la concreta enfermedad que el mismo padecía, que no pudo ser diagnosticada, pudiendo llegar a tener, con el pertinente tratamiento apoyado por varias transfusiones sucesivas, una esperanza de curación definitiva de entre el sesenta al ochenta por ciento, si la enfermedad sufrida era una leucemia aguda linfoblástica, que es la enfermedad que, con más probabilidad, padecía el hijo de los acusados, pero sólo a título de probabilidad pues, al no hacerse en su momento las transfusiones, ni siquiera hubo ocasión para acometer las pruebas pertinentes para diagnosticar la concreta enfermedad padecida por poder, aunque con menor probabilidad, también podía tratarse de una leucemia aguda en la que, a largo plazo, el pronóstico ya sería más sombrío».

c) El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción de Ley contra la mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 20 de noviembre de 1996, fundamentado en un único motivo, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invocando la infracción, por falta de aplicación, de los arts. 138 y 11 del Código penal de 1995. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 27 de junio de 1997, estimó el recurso, casando y anulando la Sentencia impugnada. A continuación, mediante una segunda Sentencia de igual fecha, que expresamente aceptó los fundamentos fácticos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, entre ellos la relación de hechos probados, pronunció el siguiente fallo: «Que debemos condenar y condenamos a los acusados Pedro A. T. y Lina V. R., como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o

estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión, y al pago de las costas correspondientes».

> 3. En la demanda de amparo se alega la «violación de los derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la integridad física y moral, protegidos por los artículos 16.1 y 15 de nuestra Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875)». Se afirma, al efecto, que dicha violación se produjo «al haber basado la Sentencia recurrida la culpabilidad de los recurrentes en la supuesta exigibilidad a éstos de que, abdicando de sus convicciones religiosas, actuaran sobre la voluntad expresa de su hijo, negativa a la transfusión de sangre en su persona, conculcando así la libertad religiosa y de conciencia de éste y su derecho a su integridad física y moral y a no sufrir tortura ni trato inhumano o degradante».

En síntesis, en la demanda de amparo se cuestionan las dos bases que, según la misma, sustentan la condena penal impuesta: en primer lugar, la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de trece años estando en juego su propia vida; en segundo lugar, la exigibilidad a los padres de una acción disuasoria de la negativa de su hijo a dejarse transfundir, al extremo de imputarles, a causa de su omisiva conducta, el resultado de muerte.

a) En lo que se refiere al primero de los expresados extremos, la demanda de amparo recuerda que el alcance y contenido de los derechos contemplados en el art. 16.1 CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) se ha de interpretar, con arreglo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE, de conformidad con los Tratados y Convenios internacionales suscritos por España, en particular, atendiendo a las peculiaridades del supuesto que nos ocupa, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893 y ApNDL 3630) (PIDCP) y la Convención de los Derechos del Niño (RCL 1990, 2712).

Señala, al efecto, la demanda de amparo que el art. 18.1 PIDCP proclama el derecho de toda persona a la «libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», y que los límites de la libertad religiosa se hallan relacionados en el art. 3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (RCL 1980, 1680 y ApNDL 3636), de libertad religiosa, el cual se refiere a la «protección del derecho de los demás» y a la «salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley». De ello deduce que tales límites «no entran en juego en el caso individual de un paciente que se niega por razones religiosas a una transfusión de sangre, pues dichos límites protegen bienes públicos y no individuales», e indica que «la salud pública actuaría como límite al ejercicio de la libertad religiosa», de modo que la negativa a un tratamiento «sería inoperante si no existiera riesgo alguno para la salud pública en la expresión de tal negativa».

Recuerda también la demanda de amparo, con explícita referencia a la Convención de los Derechos del Niño, que el menor, según previsión explícita de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145), de protección del menor, «tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión» (art. 6.1) y tiene igualmente «el derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal», derecho que podrá ejercitar por sí mismo, o a través de la persona que designe para que le represente cuando tenga suficiente juicio (art. 9).

Asimismo, tras mencionar el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, que proclama el art. 15 CE, indica la demanda de amparo que, como consta en el relato de hechos probados, la advertencia de la inminencia de una transfusión provocó en el menor una reacción de auténtico terror, que no pudo ser disipado o neutralizado pese a toda la fuerza de persuasión desplegada por el personal sanitario.

De todo ello, concluye en este particular la demanda, «resulta evidente la violación de los derechos que al menor Marcos garantizan los artículos 16.1 y 15 de la Constitución Española, negando validez y relevancia a su libre y consciente voluntad y consentimiento».

b) Respecto del ya expresado segundo elemento sustentador de la condena penal, cuestiona la demanda la tesis de la Sentencia recurrida, que «plantea la cuestión en términos de un presunto conflicto entre las convicciones religiosas de los padres y la vida de un menor», conflicto que estima meramente «presunto», y cuya realidad niega, porque ni el menor buscaba suicidarse ni los padres quisieron su muerte, pues la contradicción se planteaba entre la conciencia religiosa del menor y un tratamiento médico al que éste, por su propio derecho y convicción, se oponía. Por otra parte, «en absoluto parece exigible de unos padres creyentes que renieguen de su fe y obliguen a su hijo de trece años, contra su manifiesta y responsable voluntad, o agoten todas sus posibilidades de disuasión», todo ello para la práctica de la transfusión sanguínea, cuando consta que los propios médicos desistieron de transfundir «por lo que reconocieron como razones éticas y médicas».

Apelan los recurrentes a la inmunidad de coacción, que a todos protege de ser obligados a practicar actos de culto contrarios a sus propias creencias [art. 2.1 b) Ley Orgánica 7/1980 (RCL 1980, 1680 y ApNDL 3636)], cuya base estaría en la dignidad misma de las personas (art. 10.1 CE). Además, la obligación de «prestar asistencia de todo orden a los hijos... durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda» (art. 39.3 CE), no se opone, sino más bien lo contrario (art. 6.3 Ley Orgánica 1/1996 cit.), según

señala la demanda de amparo, al pleno ejercicio de los derechos constitucionales que, como a todos, se reconoce también al hijo, el cual, de haber discrepado del criterio paterno en este ámbito de libertad de conciencia, podría incluso haber ignorado la representación legalmente atribuida a sus padres.

A la misma conclusión se llega, afirma la demanda de amparo, atendiendo a las previsiones articuladas en la Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986, 1316), General de Sanidad (art. 10.1, 4, 6 y 9), y en la Ley 30/1979, de 27 de octubre (RCL 1979, 2655 y ApNDL 13512), reguladora de la extracción y transplante de órganos [art. 6 a) y c) y Disposición adicional segunda, en relación con el párrafo sexto de la exposición de motivos del Real Decreto 1854/1993, de 22 de octubre (RCL 1993, 3122), de hematología y hemoterapia].

El menor tenía suficiente juicio y en tales circunstancias -razona la demanda de amparo- los padres estaban obligados, antes que a hacerle desistir, a prestarle asistencia en el ejercicio personal y legítimo de sus propios derechos constitucionales de libertad de conciencia y religión, a la integridad física y moral y al rechazo a la tortura. La pretendida disuasión de los padres ante la negativa del hijo a ser transfundido -sin entrar en consideraciones sobre la supuesta bondad, injustificadamente prejuzgada, de las transfusiones de sangre- habría supuesto, por lo demás, una contribución (la más dolorosa y angustiosa, según se dice) a la conculcación de sus derechos y a la violación de unas convicciones que los padres le inculcaron en el ejercicio de su derecho constitucional «ex» art. 27.3 CE.

Concluye la demanda de amparo, que asimismo se apoya en los fundamentos de la Sentencia casada, que es evidente la inconstitucionalidad de la exigencia judicial del deber de disuadir a su hijo -de trece años de edad y acreditada madurez de pensamiento y voluntad- de su personal y legítima decisión de rechazar, en el ejercicio de sus derechos a la libertad de religión y de conciencia y a la integridad física y moral y a no sufrir tortura ni trato inhumano, un tratamiento transfusional del que sus propios cuidadores médicos y judiciales desistieron; con mayor razón si ello es hasta el extremo de erigir dicha exigibilidad en presupuesto de omisión punible y determinante de una muerte que ellos nunca quisieron ni aceptaron, agotando las posibilidades a su alcance de salvar la vida y la dignidad de su hijo -según se dice- con un comportamiento ejemplar.

c) Finalmente se suplica en la demanda de amparo que se dicte Sentencia «declarando la nulidad de las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ambas de fecha veintisiete de junio de mil novecientos noventa y siete y ambas -primera y segunda- con número 950/1997 (RJ 1997, 4987), dic-

tadas en recurso de casación núm. 3248/1996, casando y anulando la sentencia núm. 196/1996 de la Audiencia Provincial de Huesca, de veinte de noviembre de mil novecientos noventa y seis». Todo ello, según concluye a continuación la demanda, en interés de que se otorgue a los ahora recurrentes «el amparo en los derechos que se garantizan en los artículos 16.1 y 15 de la Constitución Española... y en consecuencia queden exonerados del delito de homicidio por omisión por el que les condena tal sentencia al entender que, siendo irrelevante el consentimiento de su hijo de trece años, que se negó al tratamiento transfusional por razones de su conciencia religiosa, les era exigible a mis representados una acción disuasoria de la voluntad de su hijo, contraria a éste y a sus propias convicciones religiosas».

4. Por providencia de 12 de febrero de 1998 la Sección Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC (RCL 1979, 2383 y ApNDL 13575), requerir atentamente al Tribunal Supremo, a la Audiencia Provincial de Huesca y al Juzgado de Instrucción de Fraga, para que en el plazo de diez días remitiesen, respectivamente, testimonio del recurso de casación núm. 3248/1996, del rollo de Sala núm. 48/1995 y de la causa núm. 2/1995, interesando al propio tiempo que se emplazase a quienes habían sido parte en el mencionado procedimiento, con excepción de los recurrentes, para que, en el plazo de diez días, pudiesen comparecer en este proceso constitucional.

5. Por providencia de 30 de marzo de 1998 la Sección Primera acordó, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas al Ministerio Fiscal y a los solicitantes de amparo, por un plazo común de veinte días, para que presentaran las alegaciones que a su derecho pudiesen convenir.

6. La representación procesal de los recurrentes formuló sus alegaciones mediante escrito, registrado en este Tribunal el día 24 de abril de 1998, en el que, tras ratificarse en todos y cada uno de los fundamentos de Derecho ya expuestos, procede a complementar lo ya dicho en los fundamentos de Derecho segundo y tercero de la demanda.

En primer lugar, se apoya en afirmaciones contenidas en la STC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120), referidas a la asistencia médica coactiva, y a que ésta «constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a no ser que tenga justificación constitucional», y en otras resoluciones judiciales, entre ellas la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 14 de abril de 1993, concluyendo con la afirmación, mediante cita doctrinal, de que «sólo la vida compatible con la libertad es objeto de reconocimiento constitucional».

En segundo lugar, se hace referencia a la función de «garante», atribuida a los ahora recurrentes, que, se afirma, «no pueda extravasar ni las exigencias de la racionalidad, ni de los derechos fundamentales del agente ni, mucho menos aún, los de tercero». Se indica, al efecto, que «ni los médicos llevaron su deber de garantes a extremos de violar la conciencia y la persona del menor y poner en riesgo su vida con una actuación coactiva (no lo consideraron ni ética ni médicamente correcto) ni el Juzgado persistió... en presionarles para que cumplieran su función, ni en retener al menor en las circunstancias que él rechazaba». Y se concluye que, si bien la resolución impugnada rehuye determinar la conducta específica que les era exigible a los padres en su condición de garantes, más allá del «consentimiento», aunque inoperante, suplido por el Juzgado, «a fortiori» no parece que pudiese existir otra que la inhumana e inconstitucional de entender que les habría sido exigible que, abjurando de sus creencias religiosas, hubiesen disuadido a su hijo de mantener sus propias convicciones, las mismas que ellos, sus padres, le habían inculcado.

En suma, se afirma en el escrito de alegaciones que constituye «[una] evidente e inconstitucional distorsión del asunto presentar el problema como un conflicto entre libertad religiosa de los padres recurrentes y el resultado de muerte de su hijo opuesto a la aceptación de transfusiones de sangre».

7. El Ministerio Fiscal, por su parte, formuló alegaciones por escrito registrado en este Tribunal el día 5 de mayo de 1998, interesando la desestimación del presente recurso de amparo por no vulnerar la Sentencia impugnada los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 15 y 16.1 CE.

A la tesis de los recurrentes de que, aunque fuese menor de edad, alnegarse a la transfusión, el hijo habría dispuesto de su libertad de decisión en el ejercicio de una libertad religiosa que ellos no podían coactar, opone el Ministerio Fiscal la incapacidad legal del menor para adoptar una decisión irrevocable acerca de su vida o su muerte que, como titulares de la patria potestad, a los padres tocaba adoptar en cuanto garantes de la vida del hijo menor durante todo el proceso médico.

En el desempeño de la patria potestad, los padres han de responder, en todo caso, de la vida y salud del menor como, en particular, establecen el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 y el art. 154 del Código Civil. Y, en el presente caso, los padres, manteniendo el dominio de la situación tanto en la petición de alta del hijo en los diferentes centros sanitarios, como en la doble negativa por escrito a practicar la transfusión de sangre así como en el traslado al domicilio familiar de donde salió por denuncia de la autoridad, hicieron siempre su voluntad y no entregaron dicho dominio ni a la autoridad judicial ni a los

médicos. Y esta afirmación -dice el Ministerio Fiscal- constituye una cuestión fáctica que, resuelta por el Tribunal en forma legal, carece de dimensión constitucional.

Y en cuanto a la tesis de que la condena se pronuncia sin tener en cuenta que la conducta omisiva responde a la incompatibilidad de la acción exigida -transfundir sangre- con las creencias religiosas que profesan los recurrentes, afirma el Ministerio Fiscal que, ante un eventual conflicto entre los derechos a la vida y a la libertad religiosa, únicamente cabe dar respuesta en cada caso concreto, pues no podría ser ésta la misma en el caso de personas mayores de edad y con plena capacidad de decisión, que en el de un menor sobre el que existe vigente la patria potestad de sus padres.

En este caso -dice el Ministerio Fiscal- el tratamiento específico, transfusión de sangre, concreto y único para el fin curativo pretendido, constituye un límite válido del derecho fundamental a la libertad religiosa de los recurrentes, no cuando la colisión es con su derecho fundamental a la vida sino cuando el titular del derecho a la vida es una tercera persona respecto de la que existe una especial relación de responsabilidad por ser titulares de la patria potestad.

El límite al derecho fundamental es la salud -vida- del menor, hijo de los recurrentes, que son los garantes de su vida, dada la incapacidad legal del menor para tomar una decisión tan trascendental y definitiva sobre su vida.

En este caso, existiendo una relación especial de sujeción -patria potestad- no obstante la obligación de respetar el consentimiento del paciente, prevalente sobre la imposición coactiva de un tratamiento médico (art. 210.1.6 y 9 de la Ley General de Sanidad), según sostiene el Ministerio Fiscal -que cita en su apoyo una resolución del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 19 de octubre de 1971, los padres tenían el deber legal de velar para que la salud del hijo no se dañase, y más aún tratándose de la disposición de su vida. Al no hacerlo así, aunque ello fuera por convicciones religiosas, los recurrentes desatendieron una obligación de guarda y custodia que, limitando su derecho a la libertad religiosa, les imponía el deber de salvar la vida de su hijo menor de edad.

8. El Pleno de este Tribunal dictó providencia el 11 de diciembre de 2001, en la que, de acuerdo con lo previsto en el art. 10 k) LOTC, acordó recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

9. Mediante providencia de 12 de diciembre de 2001 el Pleno del Tribunal, haciendo uso de las facultades concedidas por el art. 84 LOTC, acordó oír al recurrente y al Ministerio Fiscal a fin de que, en el plazo común de diez días, alegasen lo que estimaran pertinente sobre la

relevancia que, para la decisión del recurso de amparo, pudiera tener lo dispuesto en el art. 25.1 CE.

10. La representación procesal de los recurrentes en amparo presentó el correspondiente escrito de alegaciones el 27 de diciembre de 2001. Afirma, en primer lugar, que la relevancia del expresado precepto constitucional es innegable pues, si se entendiera violado, los recurrentes «se verían exonerados de toda responsabilidad criminal aunque por una mera circunstancia temporal, a saber, la falta de tipicidad legal de la conducta por la que fueron enjuiciados». Mas señala que «no fue, sin embargo, éste el motivo que condujo a mis representados a solicitar el amparo constitucional que se hallan propugnando, sino el de haberse violado en el enjuiciamiento de las conductas afectadas, los derechos fundamentales garantizados por los artículos 15 y 16 de la Constitución Española y por razón de los cuales les fue admitido».

Indica, en segundo lugar, que la posible vulneración de dicha precepto constitucional no había sido invocada por la parte en el proceso penal.

Señala, asimismo, que aunque el art. 11 del vigente Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) carecía de homólogo en el Código penal derogado (RCL 1973, 2255 y NDL 5670), no obstante, había adquirido carta de naturaleza durante la vigencia de éste la figura jurídica del delito de comisión por omisión. Y añade, al efecto, que «tal figura penal, sin embargo, era producto y creación de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, no de la Ley, y menos aun de Ley obligadamente orgánica, por exigencia de los textos internacionales y constitucionales que consagran el principio recogido en el evocado art. 25.1 de la Constitución». Añade que «quizás por ello se estimó que, dado el carácter complementario del ordenamiento jurídico que atribuye el art. 1.6 del Código Civil a la jurisprudencia del Tribunal Supremo... se había producido en este supuesto el indispensable requisito de la concurrencia del «cuerpo legal y demás Leyes especiales que se derogan» con «las disposiciones del presente Código» si éstas son más favorables para el reo, para determinar la aplicación de estas últimas. Arregladamente al entendimiento de que «para la determinación de cuál sea la Ley más favorable se tendrá en cuenta la cuantía de la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno y otro Código». -Todo ello en los términos en que se expresan las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del vigente Código Penal».

Por último, y refiriéndose a la homologación hecha por el Tribunal Supremo entre «ambos tipos penales, a saber, el creado u originado por su propia doctrina con anterioridad al nuevo Código Penal, por una parte, y el introducido «ex novo» por el artículo 11 del nuevo Código Penal», afirma que «tal

homologación quizá resulte discutible, atendido el tono de los artículos 7.1 del Convenio de Roma (RCL 1979, 2421 y ApNDL 3627) y 11.2 de la Declaración de los Derechos Humanos y de 25.1 de la Constitución Española», lo que igualmente cabe afirmar del hecho de que «se erija en tipo penal delictivo lo que pudiera estimarse como norma de interpretación de las que la doctrina llama auténticas por proceder del propio legislador, pues en definitiva el artículo 11 del Código Penal no tipifica delito alguno, sino que simplemente caracteriza actuaciones o comportamientos subjetivos en el agente o implicado en la producción de hechos tipificados, en su ubicación legal debida, como delitos bien definidos por sus propias exigencias».

11. El Ministerio Fiscal formuló las correspondiente alegaciones en escrito presentado el 28 de diciembre de 2001, estimando que «la sentencia impugnada en amparo no lesiona el principio de legalidad penal establecido en el art. 25.1 CE». Afirma, al respecto, que la aplicación al caso de los preceptos del Código Penal de 1995, pese a que los hechos acaecieron antes de su vigencia -concretamente, en septiembre de 1994-,se debe a que se consideraron más beneficiosos para los acusados que los correlativos del Código Penal de 1973; ello significa, implícitamente, la aceptación de que los hechos también eran sancionados como delito en el Código penal de 1973.

Así pues, la pregunta clave de la cuestión planteada es «si en el Código Penal de 1973 se castigaba el homicidio «cometido por omisión»; sí estaba previsto en dicho Código».

El Ministerio Fiscal recuerda, en relación con tal cuestión, las posiciones que se mantenían al respecto: «a) La de quienes pensaban que los delitos de comisión por omisión no quedaban cubiertos por los tipos de la Parte Especial y que, al aplicarse éstos, se producía una analogía «in malam partem» prohibida, que vulneraba el principio de legalidad; ya que se estaban sancionando tipos no escritos en relación con los tipos legales; proponiendo un sistema de tipos específicos. b) La de quienes opinaban que los delitos de comisión por omisión quedaban al margen del principio de legalidad, pero que era preferible, antes que la tipificación específica de cada delito de esta clase, la introducción de una cláusula genérica de cobertura en la Parte General. c) La de quienes entendían que no era necesario ni lo uno ni lo otro (ni cláusula específica ni genérica) pues tanto la comisión activa como la comisión por omisión resultan de una correcta interpretación de los tipos y no de una analogía». Y añade que «en esta última postura se enmarca la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha venido pacíficamente valiéndose del artículo 1 del Código Penal anterior... en relación con los tipos de resultado de la parte especial (ejemplo: homicidio) para enjuiciar los supuestos de comisión por

omisión. En definitiva, ha entendido la comisión por omisión como una mera omisión cualificada por una especial intensidad del deber (llamado deber de garante), como una variedad de la conducta omisiva sancionada con carácter general, y por ello prevista en la Ley, en el artículo 1 del CP anterior y aplicable a cada tipología en su caso».

El Ministerio Fiscal, tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el principio de legalidad penal (citando, entre otras, las SSTC 133/1987 [RTC 1987, 133], 156/1996 [RTC 1996, 156], 159/2000 [RTC 2000, 159] y 278/2000 [RTC 2000, 278]), entiende que «la sentencia impugnada dictada por el Tribunal Supremo no debe ser revisada por el Tribunal Constitucional desde el prisma del principio de legalidad (art. 25.1 CE) porque, al adoptar uno de los criterios consolidados y posibles de interpretación de los preceptos del anterior Código Penal, que además era el seguido constantemente por su jurisprudencia, el Tribunal Supremo se ha limitado a ejercer la función que le atribuye el art. 117.3 CE, no pudiendo considerarse su postura ni extravagante, ni ilógica, ni imprevisible para sus destinatarios, quienes, por otro lado, ni siquiera han suscitado o discutido el problema en el proceso».

12. Por providencia de 16 de julio de 2002 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 18 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente demanda de amparo se dirige contra las dos Sentencias, ambas de fecha 27 de junio de 1997 (RJ 1997, 4987), dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 3248/1996. La primera de ellas estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 20 de noviembre de 1996, que había absuelto a los ahora demandantes de amparo del delito de homicidio por omisión que aquél les imputaba. La segunda de dichas Sentencias, como consecuencia de la expresada estimación del recurso, los condena, «como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión».

Los datos esenciales a que se refieren los términos transcritos del fallo son los siguientes: a) en primer lugar, la persona por cuya muerte se condena a los demandantes de amparo era un hijo de éstos, de 13 años de edad; b) en segundo lugar, la condena lo es por omisión de la conducta exigible a los padres del menor, dada su condición de garantes de la salud de éste (condi-

ción que actualmente se recoge expresamente en el art. 11, en relación con el art. 138, ambos del Código Penal de 1995 [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]); c) en tercer lugar, la conducta omitida consistía bien en una acción de los ahora recurrentes en amparo dirigida a disuadir a su hijo de su negativa a dejarse transfundir sangre, bien en la autorización de aquéllos a que se procediese a la transfusión de sangre al menor; y d) en cuarto lugar, la causa de la actuación de los padres (propiamente, la razón de que éstos hubiesen omitido la conducta que se dice debida) se sustentaba en sus creencias religiosas pues, dada su condición de Testigos de Jehová, entienden, invocando al efecto diversos pasajes de los Libros Sagrados, que la transfusión de sangre está prohibida por la Ley de Dios.

2. En la demanda de amparo se invoca la lesión de los derechos fundamentales a la libertad religiosa (art. 16.1 CE [RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875]) y a la integridad física y moral y a no sufrir tortura ni trato inhumano o degradante (art. 15 CE).

La titularidad de tales derechos fundamentales se atribuye explícitamente en la demanda de amparo tanto al menor fallecido como a sus padres, los ahora recurrentes. En primer lugar, tal atribución se hace al menor en relación con la afirmada irrelevancia de su oposición a la transfusión: así, se dice en la demanda de amparo (fundamento de Derecho II «in fine») que «resulta evidente la violación de los derechos que al menor Marcos garantizan los artículos 16.1 [y] 15 de la Constitución Española, negando validez y relevancia a su libre y consciente voluntad y consentimiento y trasladando así el centro de la imputabilidad de su fallecimiento a los padres contra todo tenor racional, moral, constitucional y legal». En segundo lugar, la atribución a los padres de la titularidad de tales derechos, invocando su vulneración, se hace en relación con la exigencia de la conducta disuasoria o de la autorización de la transfusión de sangre, a las que ya se ha hecho referencia.

Ahora bien, dado que el recurso de amparo se dirige contra el pronunciamiento condenatorio de los padres del menor, ha de entenderse que la vulneración constitucional denunciada en la demanda de amparo es la del derecho fundamental a la libertad religiosa de los padres recurrentes. Y ello por más que la conducta que les es exigida en la Sentencia ahora impugnada pudiera comportar, según los términos de la demanda de amparo, el desconocimiento de los derechos del menor (en este caso, al respeto a sus creencias y a su integridad física y moral). Por tal razón la referencia a los derechos del menor ha de entenderse hecha en este marco y en función de la efectividad de los derechos de los padres. En todo caso, conviene dejar sentado que no hay ningún género de duda de que éstos fundamentaron su actitud omisiva -que fue san-

cionada penalmente- en el referido derecho de libertad religiosa y en sus creencias de este orden, que oportunamente invocaron a tal fin.

La exposición precedente acerca de lo que constituye el propio objeto del presente recurso de amparo se completa con la referencia a la relevancia que pudiera tener, a los fines del recurso, la previsión del art. 25.1 CE, relativo al principio de legalidad penal, según lo acordado por el Pleno del Tribunal en proveído de 12 de diciembre de 2001, haciendo uso de la facultad concedida por el art. 84 LOTC (RCL 1979, 2383 y ApNDL 13575).

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa la denegación del amparo solicitado. Insiste en la incapacidad legal del menor para la adopción de una decisión trascendente respecto de su vida que, en el desempeño de la patria potestad, sus padres estaban obligados a salvaguardar. Niega que, como cuestión fáctica ya resuelta, deba cuestionarse en amparo la inobservancia por parte de los padres de su posición de garantes de la vida del hijo. Y señala, además, con referencia específica al caso que nos ocupa y a la mencionada posición de garantía, que el derecho a la vida, en cuanto referido a tercero respecto del que existe una especial relación de responsabilidad, nacida de la patria potestad, constituye un efectivo límite a la libertad religiosa.

3. La determinación del objeto y alcance de la demanda de amparo exige que previamente precisemos cuáles son los concretos hechos sobre los que se sustentan las cuestiones jurídico-constitucionales que aquélla suscita y cuál la respuesta de las Sentencias recurridas a tales hechos.

En el apartado segundo de los antecedentes de la presente Sentencia se recoge el relato de hechos, en virtud de los cuales se produce el pronunciamiento condenatorio contra los ahora recurrentes en amparo. Se expresan a continuación los extremos sustanciales de tales hechos:

a) El menor Marcos, de trece años de edad, hijo de los recurrentes en amparo, tuvo unas lesiones por caída de bicicleta, a consecuencia de las cuales fue llevado por sus padres al Hospital Arnáu de Vilanova, de Lérida, el día 8 de septiembre (jueves) de 1994 hacia las nueve o diez de la noche.

Examinado el menor por los médicos, éstos les informaron de que se hallaba en situación de alto riesgo hemorrágico por lo que era necesaria una transfusión de sangre. Los padres se opusieron a la transfusión por motivos religiosos y, habiéndoles hecho saber los médicos que no había tratamientos alternativos, solicitaron el alta de su hijo para llevarlo a otro centro sanitario. El centro hospitalario, en lugar de acceder al alta, por entender que peligraba la vida del menor si no era transfundido, solicitó del Juzgado de guardia (siendo las 4:30 horas del día 9) autorización para la práctica de la transfu-

sión, que fue concedida a continuación para el caso de que fuera imprescindible para la vida del menor.

b) Los padres acataron dicha autorización judicial. Al disponerse los médicos a efectuar la transfusión, el menor, sin intervención alguna de sus padres, la rechazó «con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación, que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral». Por ello los médicos, después de haber procurado repetidas veces, sin éxito, convencer al menor para que consintiera la transfusión, desistieron de realizarla.

c) El personal sanitario pidió entonces a los padres que trataran de convencer al menor, a lo cual no accedieron por dichos motivos religiosos, pese a desear la curación de su hijo. Los médicos desecharon la posibilidad de realizar la transfusión contra la voluntad del menor, por estimarla contraproducente, desechando también «la utilización a tal fin de algún procedimiento anestésico por no considerarlo en ese momento ético ni médicamente correcto, por los riesgos que habría comportado». Por ello, «después de «consultarlo» telefónicamente con el Juzgado de guardia», en la mañana del día nueve, viernes, accedieron a la concesión del alta voluntaria.

d) La historia clínica del menor fue entregada a las catorce horas a los padres, quienes habían procedido, «ayudados por personas de su misma religión, a buscar al que consideraban uno de los mejores especialistas en la materia, siendo su deseo que el niño hubiera permanecido hospitalizado hasta localizar al nuevo especialista médico». En todo caso, el menor salió del hospital por la tarde de dicho día nueve (viernes), continuando aquéllos con las gestiones para localizar al nuevo especialista, concertando finalmente con él una cita para el lunes, día 12 de septiembre, en el Hospital Universitario Materno-infantil del Vall d'Hebrón, de Barcelona.

e) A las 10 horas de dicho día 12 ingresó el menor en este Hospital. Tras reconocerle en consulta, consideraron los médicos que era urgente una transfusión de sangre a fin de neutralizar el riesgo de hemorragia y anemia para, a continuación, realizar las pruebas diagnósticas pertinentes. El menor y sus padres manifestaron que sus convicciones religiosas les impedían aceptar la transfusión, firmando estos últimos un escrito en dicho sentido.

Por otra parte, en el centro nadie creyó procedente pedir una autorización judicial para proceder a la transfusión ni intentar realizar ésta (sea haciendo uso de la autorización concedida por el Juzgado de Lérida sea por propia decisión de los médicos). Así las cosas, los padres del menor se trasladaron con él al Hospital General de Cataluña, centro privado cuyos servicios habían de ser directamente sufragados por los particulares.

f) Los servicios médicos del Hospital General, al igual que en los centros anteriores, consideraron necesaria la transfusión por no haber tratamiento alternativo. La transfusión fue nuevamente rechazada por motivos religiosos por el menor y sus padres. Nadie en dicho centro tomó la decisión, bien de realizar la transfusión, fuera por propia voluntad, fuera contando con la autorización concedida por el Juez de Lérida (que era conocida en este centro médico), bien de solicitar una nueva autorización, esta vez del correspondiente Juzgado de Barcelona. Por todo ello los padres, no conociendo ya otro centro al que acudir, regresaron con el menor a su domicilio, al que llegaron sobre la una de la madrugada del martes, 13 de septiembre.

g) Los padres y el menor permanecieron en su domicilio todo el día 13, sin más asistencia que las visitas del médico titular de la localidad, Ballobar (Huesca), quien consideró que no podía aportar nada que no estuviera ya en los informes hospitalarios. El miércoles, 14 de septiembre, el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca), tras recibir un escrito del Ayuntamiento de Ballobar, acompañado de informe del médico titular, autorizó la entrada en el domicilio del menor a fines de asistencia médica en los términos que estimaran pertinente el facultativo y el médico forense, incluso para que fuera transfundido.

h) Seguidamente se personó la comisión judicial en el domicilio del menor, el cual estaba ya en grave deterioro psico-físico, acatando los padres la decisión del Juzgado después de manifestar sus convicciones religiosas, siendo su padre quien lo bajó a la ambulancia, en la que fue trasladado al Hospital de Barbastro. El menor llegó en estado de coma profundo a este Hospital, en el cual se le realizó la transfusión de sangre, contra la voluntad y sin la oposición de los padres. A continuación fue llevado al Hospital Miguel Servet, de Zaragoza, al que llegó hacia las 23.30 horas del mismo día 14 con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral.

El menor falleció en este hospital a las 21.30 horas del día 15 de septiembre.

Consta igualmente en el relato de hechos probados que «si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones que precisaba habría tenido a corto y a medio plazo una alta posibilidad de supervivencia y, a largo plazo, tal cosa dependía ya de la concreta enfermedad que el mismo padecía, que no pudo ser diagnosticada».

4 . Los interrogantes planteados con tales hechos han recibido diferentes respuestas en los distintos grados de la jurisdicción ordinaria. Así, en tanto que la Audiencia Provincial de Huesca dictó Sentencia absolutoria, considerando que «los hechos declarados probados... no son constitutivos de delito alguno» (fundamento de Derecho primero de la Sentencia de instancia),

la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo condenó a los recurrentes en los términos y con el alcance ya referido, al estimar «presentes los elementos que caracterizan el tipo objetivo y subjetivo del delito de homicidio en su modalidad de comisión por omisión» (fundamento jurídico único de la segunda Sentencia).

a) La Sentencia de la Audiencia Provincial, en relación con el llamado derecho del paciente a la autodeterminación, se pregunta por el momento a partir del cual «puede el menor que conserva la consciencia decidir sobre si se le aplica o no un determinado tratamiento, si cuando deja de serlo (menor) por alcanzar la mayoría de edad, o... cuando tiene suficiente juicio (cosa que en nuestro derecho se puede dar incluso antes de alcanzar los doce años, artículo 92 del Código Civil), o cuando puede consentir una relación sexual (doce años para el artículo 181 del vigente Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)), etc.». Y, en relación con ello, señala (para el caso de que haya de ser negado tal derecho a quien sea menor) la eventualidad de una quiebra o vulneración del art. 15 CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), en atención a la reacción observada en el caso que nos ocupa por el hijo de los ahora recurrentes, ante la perspectiva de la práctica de la transfusión, a la que se opuso mediante «una reacción de auténtico terror que no pudo ser disipado o neutralizado pese a toda la fuerza de persuasión desplegada, con empeño, por todo el personal sanitario».

Dice además la expresada Sentencia que no es exigible a los padres una conducta (sea la de pedir o aprobar la transfusión, sea la de convencer al hijo para que admita ésta) que es contraria a su conciencia y convicciones religiosas y «a las enseñanzas que, en un uso y ejercicio regular, normal y ordinario de su libertad religiosa, habían ido transmitiendo a su hijo desde mucho antes de que se produjera el accidente, o de que se exteriorizaran los primeros síntomas de la enfermedad».

Afirma igualmente dicha Sentencia que, una vez se da a la sociedad la oportunidad efectiva de sustituir a los padres a tal fin, mediante la reclamación de asistencia médica por los cauces convencionales, aquéllos «pierden ya la condición de garantes, aunque no aprueben testimonialmente, en un acto de fe, sin tratar de impedirla (en el caso de que alguien decida efectuarla), una transfusión de sangre».

b) Por su parte, la primera de las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo señala (fundamento jurídico único) que correspondía a los padres, en el ejercicio de sus atribuciones como titulares de la patria potestad, la salvaguarda de la salud del menor, de la cual eran garantes. Por ello, según dicha Sentencia, tenían el deber moral y legal de hacer todo lo que fuere

preciso para evitar cualquier situación que pusiese en peligro su salud o su vida, «estando obligados a proporcionar a su hijo la asistencia médica que hubiere precisado».

Entiende dicha Sentencia que los padres no habían perdido la condición de garantes, condición que no resultaba afectada ni por el hecho de que «[hubiesen] reclamado la asistencia médica por los cauces convencionales, dando a la sociedad la oportunidad efectiva de sustituirles» ni por el hecho de que el menor se hubiera opuesto también a la transfusión de sangre. Y fundamenta tal conclusión en el hecho de que continuaron ejerciendo las funciones y deberes propios de la patria potestad «en los momentos y tiempos que fueron cruciales para la vida del niño como lo evidencia su negativa a la transfusión, que llegaron a hacer constar por escrito, ante los médicos del Hospital del Vall d'Hebrón, de Barcelona, cuando éstos les informaron de la urgencia de la transfusión, y que nuevamente rechazaron ante los requerimientos de los médicos del Hospital General de Cataluña cuando les reiteraron la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, hechos que confirman la vigencia de su posición de garantes en momentos que podrían salvar la vida de su hijo, y que igualmente ejercieron cuando trasladaron a su hijo a su domicilio, donde permaneció desde el día 9 hasta el día 12 de septiembre, fecha en la que lo llevaron a Barcelona».

Además, según la expresada Sentencia, los padres del menor fallecido «tuvieron pleno conocimiento de la situación que generaba su deber de actuar», de modo que «no se les ocultaba el deber de prestar a su hijo la asistencia médica que era exigida para salvarle la vida». E indica, al efecto, que «estaban impuestos y tenían conocimiento de su capacidad de acción, es decir de la posibilidad de autorizar una transfusión que hubiera evitado la muerte de su hijo», y que asimismo «tuvieron conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante... es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción del resultado».

Por ello estima la Sentencia que «los padres, al no autorizar la transfusión de sangre, no evitaron, como les era exigido, un resultado de muerte que, de haber prestado su consentimiento, no se hubiera producido», de modo que con tal omisión «se generaba una situación equivalente a la causación del resultado típico». Además, sabedores de que no había tratamientos alternativos al de la transfusión, «el conocimiento y conciencia del máximo grado de probabilidad de que realmente se produjera la muerte de su hijo supone tanto como aceptarla, al rechazar la única alternativa salvadora que existía, aunque les estuviera prohibida por razones religiosas, rechazo que mantuvieron cuando la vida de su hijo aún podía ser salvada». De ello concluye la Sentencia que

«debe afirmarse la presencia del dolo eventual, que no queda excluido por el deseo vehemente de que no se hubiese producido el resultado de muerte».

La toma en consideración de la motivación religiosa de la conducta enjuiciada lleva a la Sala no a su exculpación -como en la instancia- sino a la atenuación de la responsabilidad penal de los ahora recurrentes, cuya conducta se subsume -dada su condición de garantes- en el tipo penal de homicidio (art. 138 CP), en su modalidad de comisión por omisión [art. 11 a) CP], con la apreciación de la concurrencia de una atenuante, muy cualificada, de obcecación o estado pasional, rechazando el parentesco como agravante y mostrando su disposición favorable al indulto.

5. La exposición hecha en el fundamento jurídico tercero sirve para quede establecida, con la necesaria precisión, cuál es la concreta realidad fáctica -con sus peculiares características e incidencias- sobre la que se proyectan nuestro estudio y nuestro pronunciamiento.

La exposición hecha en el fundamento jurídico cuarto sirve, asimismo, para establecer, también con la obligada precisión, cuáles son las concretas cuestiones jurídicas que, desde una perspectiva constitucional -en relación con la invocada vulneración de derechos fundamentales-, se plantean en este recurso. A este extremo nos referimos a continuación.

La «ratio» del pronunciamiento condenatorio es el imputado incumplimiento por los padres del menor fallecido -los recurrentes en amparo- de las obligaciones dimanantes de su atribuida condición de garantes como titulares de la patria potestad, concretada en este caso en relación con el derecho del menor a la vida, condición que resulta directamente de lo dispuesto en el art. 39.3 CE. Así pues, dados los términos del recurso de amparo, según se explicó en el fundamento jurídico segundo, el objeto del recurso -objeto que delimita el ámbito de nuestro examen- se centra en la relación que puede existir (y que, en todo caso, ha de precisarse) entre la condición de garante (en los términos expuestos) y el derecho fundamental a la libertad religiosa y, en su caso, la afectación de tal relación por el principio de legalidad, todo ello solamente desde la perspectiva constitucional que nos es propia.

Para proceder al precitado examen hemos de exponer previamente, en primer lugar, cuáles son, según nuestra doctrina, el contenido y límites propios del derecho a la libertad religiosa y, en segundo lugar, cuáles son las características peculiares del caso que nos ocupa que pueden afectar -y, en su caso, en qué sentido- al ejercicio del derecho a su libertad religiosa por los recurrentes en amparo. A todo ello nos referiremos en los cinco fundamentos jurídicos siguientes.

6. El art. 16 CE reconoce la libertad religiosa, garantizándola tanto a los individuos como a las comunidades, «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley» (art. 16.1 CE).

En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: por un lado, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesias. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero (RTC 2001, 46), F. 4, que «el art. 16.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre [RTC 1993, 340], y 177/1996, de 11 de noviembre [RTC 1996, 177]), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener «las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones», introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicicidad positiva que «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» (STC 177/1996)».

En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, F. 9, la libertad religiosa «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual», y asimismo, «junto a esta dimensión interna, esta libertad... incluye también una dimensión externa de «agere licere» que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985 [RTC 1985, 19], F. 2; 120/1990 [RTC 1990, 120], F. 10, y 137/1990 [RTC 1990, 137], F. 8)». Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de «agere licere» lo es «con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales» (STC 46/2001 [RTC 2001, 46], F. 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo [RTC 1982, 24], y 166/1996, de 28 de octubre [RTC 1996, 166]) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce además «en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso» (STC 46/2001 [RTC 2001, 46]), tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (RCL

1980, 1680 y ApNDL 3636) (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades.

7. La aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades así como la laicidad y neutralidad del Estado. La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso. Tal juicio ha de establecer el alcance de un derecho -que no es ilimitado o absoluto a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley que, conforme a lo dispuesto en el art. 16.1 CE, limita sus manifestaciones.

Como ya dijimos en la STC 141/2000, de 29 de mayo, F. 4, «el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente».

En este sentido, y sirviendo de desarrollo al mencionado precepto constitucional, prescribe el art. 3.1 LOLR que «el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

Es esta limitación la que, además, resulta de los textos correspondientes a tratados y acuerdos internacionales que, según lo dispuesto en el art. 10.2 CE, este Tribunal debe considerar cuando se trata de precisar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Así, el art. 9.2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre de 1950 (RCL 1979, 2421 y ApNDL 3627), prescribe que «la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de

los derechos o las libertades de los demás». Por su parte, el art. 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977, 893 y ApNDL 3630), dispone que «la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

8. La relacionada existencia de límites en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa es expresión o manifestación de que, en general, los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto. Así, hemos dicho en la STC 57/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 57), F. 6, citada al efecto por la STC 58/1998, de 16 de marzo (RTC 1998, 58), F. 3, que «los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981 [RTC 1981, 11], F. 7, y 1/1982 [RTC 1982, 1], F. 5, entre otras)», y que, «en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986 [RTC 1986, 53], F. 3)».

De lo expuesto se desprende, según afirman las mencionadas Sentencias, que «todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar quelas medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 69/1982 [RTC 1982, 69], F. 5, y 13/1985 [RTC 1985, 13], F. 2), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (STC 37/1989 [RTC 1989, 37], F. 7), y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981 [RTC 1981, 11], F. 10; 196/1987 [RTC 1987, 196], FF. 4 a 6; 12/1990 [RTC 1990, 12], F. 8, y 137/1990 [RTC 1990, 137], F. 6)».

9. Expuestos los puntos fundamentales acerca del contenido y límites del derecho a la libertad religiosa, hemos de pasar ahora al examen de aquellos extremos que, dentro del marco de tal derecho, ofrecen aspectos peculiares o especiales que singularizan el caso que nos ocupa y que, además, pueden afectar de algún modo al ejercicio, por los ahora recurrentes en amparo, de su derecho a la libertad religiosa y de los deberes dimanantes de su condición de garantes. Así sucede con el hecho de que la persona afectada (afectación hasta el punto de haberse producido su muerte) era un menor cuya edad era la de trece años, que se opuso decididamente a que se le transfundiese sangre, basándose también, a tal fin, en motivos religiosos.

Todo ello ha de ser considerado en relación con tres concretos extremos: en primer lugar, si el menor puede ser titular del derecho a la libertad religiosa; en segundo lugar, el significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico prescrito; en tercer lugar, la relevancia que, en su caso, pudiera tener dicha oposición del menor. Los dos primeros extremos son examinados a continuación y el tercero en el fundamento jurídico siguiente.

a) El menor es titular del derecho a la libertad religiosa. Partiendo del genérico reconocimiento que el art. 16.1 CE hace, respecto de los derechos y libertades que contempla, a favor de «los individuos y las comunidades», sin más especificaciones, debe afirmarse que los menores de edad son también titulares del derecho a la libertad religiosa y de culto.

Confirma este criterio la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de desarrollo de dicho precepto constitucional, que reconoce tal derecho a «toda persona» (art. 2.1).

Esta conclusión se ve confirmada, dados los términos del art. 10.2 CE, por lo dispuesto en la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712 (Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 31 de diciembre de 1990), en cuya virtud quedan los Estados parte obligados al respeto del «derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» (art. 14.1), sin perjuicio de «los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades» (art. 14.2).

Asimismo, prescribe el art. 14.3 de dicha Convención que «la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

En el plano interno, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145), de protección jurídica del menor, en esta misma línea, sanciona toda posible discriminación de los menores (de dieciocho años) por razón de religión (art. 3) y les reconoce explícitamente «derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión» (art. 6.1), cuyo ejercicio «tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás» (art. 6.2). En relación con este derecho dispone igualmente el art. 6.3 que «los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral».

En relación con todo ello, hemos dicho en la STC 141/2000 (RTC 2000, 141), F. 5, que «desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre [RCL 1992, 2512, 2775 y RCL1993, 246], de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común)». Y concluíamos en dicha Sentencia, respecto de esta cuestión, que, en consecuencia, «sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio [RTC 1994, 215]; 260/1994, de 3 de octubre [RTC 1994, 260]; 60/1995, de 17 de marzo [RTC 1995, 60]; 134/1999, de 15 de julio [RTC 1999, 134]; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann)».

b) Significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico prescrito.

En el caso traído a nuestra consideración el menor expresó con claridad, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres, de exclusión de determinado tratamiento médico. Es éste un dato a tener en cuenta, que en modo alguno puede estimarse irrelevante y que además cobra especial importancia dada la inexistencia de tratamientos alternativos al que se había prescrito.

Ahora bien, lo que fundamentalmente interesa es subrayar el hecho en sí de la exclusión del tratamiento médico prescrito, con independencia de las razones que hubieran podido fundamentar tal decisión. Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial trascendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal -como distinto del derecho a la salud o a la vida y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE).

10. Pasemos ahora a considerar la relevancia que, en su caso, pueda tener la oposición manifestada del menor al tratamiento médico prescrito.

En el recurso de amparo se alega precisamente, como ya hemos indicado, el error de la Sentencia impugnada al establecer «la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño menor de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida».

Es cierto que el Ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad. Ello se aprecia en concreto atendiendo a la normativa que pudiera regular las relaciones entre las personas afectadas por el tema que nos ocupa- tanto en la Compilación del Derecho Civil de Aragón (aplicable en cuanto tuvieran la vecindad civil en dicho territorio foral) como, en su caso, en el Código Civil. Así, los actos relativos a los derechos de la personalidad (entre los que se halla precisamente el de integridad física), de los que queda excluida la facultad de representación legal que tienen los padres en cuanto titulares de la patria potestad, según explícitamente proclama el art. 162.1 del Código civil (precepto sin correlato expreso en la Compilación); tal exclusión, por otra parte, no alcanza al deber de velar y cuidar del menor y sus intereses.

También cabe señalar diversos actos conducentes a la creación de efectos jurídicos o a la formalización de determinados actos jurídicos, como son, entre otros, los relativos a la capacidad para contraer matrimonio, para testar, para testificar, para ser oído a fin de otorgar su guarda o custodia a uno de los progenitores. Y asimismo, en el ámbito penal, para la tipificación de determinados delitos.

Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto -como el ahora contemplado- que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable.

De las consideraciones precedentes cabe concluir que, para el examen del supuesto que se plantea, es obligado tener en cuenta diversos extremos. En primer lugar, el hecho de que el menor ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física. En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. En tercer lugar, el valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor: según hemos declarado, la vida, «en su dimensión objetiva, es «un valor superior del ordenamiento jurídico

constitucional» y «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (STC 53/1985 [RTC 1985, 53])» (STC 120/1990, de 27 de junio [RTC 1990, 120], F. 8). En cuarto lugar, los efectos previsibles de la decisión del menor: tal decisión reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida.

En todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza -y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas- que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar.

Pero ello no obstante, es oportuno señalar que la reacción del menor a los intentos de actuación médica -descrita en el relato de hechos probados- pone de manifiesto que había en aquél unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a éstos.

11. Sentados los anteriores extremos, debemos establecer si la condición de garantes, atribuida por las Sentencias impugnadas a los recurrentes en amparo, resulta afectada -y, en su caso, en qué sentido- por el derecho de éstos a la libertad religiosa. Es claro que ello comporta la necesidad de tener en cuenta las singulares circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa, de que ya se hizo mérito.

Una consideración previa es necesaria. Ya se ha indicado (fundamento jurídico segundo) que el Ministerio Fiscal niega que -como cuestión fáctica ya resuelta- deba cuestionarse en amparo la inobservancia por parte de los padres de la posición de garantes de la vida del hijo. Afirma, al respecto, el Ministerio público que «el concepto de garante aplicado a los actores por la sentencia nace, y por ello pertenece al campo de la legalidad ordinaria, de la subsunción del supuesto fáctico, consistente en la generación y la falta de edad del hijo, en la normativa legal reguladora de la patria potestad», y que «esta subsunción se realiza por el órgano judicial de manera razonada y fundada en derecho, único por determinación legal que puede y debe hacerla». Concluye esta consideración el Ministerio público diciendo que «el Tribunal Supremo estudia esta situación y declara razonada y fundadamente que los recurrentes nunca perdieron el dominio de la situación de garantes, y esta afirmación

constituye una cuestión fáctica que, resuelta por el Tribunal en forma legal, carece de dimensión constitucional».

No puede admitirse, en su radicalidad, la tesis expuesta, la cual en realidad hace supuesto de la cuestión sometida a debate. Los derechos y obligaciones que surgen en el ámbito de las relaciones humanas -concretados por las normas que estructuran la llamada legalidad ordinaria- son válidos y eficaces en la medida en que su contenido no rebasa el marco constitucional, respetando los límites propios de los derechos fundamentales.

Por ello, en lo que respecta a lo que constituye el propio objeto de este recurso de amparo, es obligado hacer una afirmación desde la perspectiva constitucional que nos corresponde: los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales, concretamente -por lo que ahora específicamente interesa- del derecho a la libertad religiosa, que proclama el art. 16.1 CE.

Es ésta la cuestión que debemos examinar ahora.

12. Atendiendo a la consideración expresada, debemos hacer notar que los mandatos de actuación, cuyo incumplimiento da lugar a los delitos omisivos (mandatos que por ello ofrecen, en el presente caso, especial relevancia), restringen la libertad en mayor medida que las prohibiciones de actuación, cuya infracción genera delitos de acción. Desde esta perspectiva deben precisamente enjuiciarse las concretas acciones exigidas a quienes se imputa el incumplimiento de sus deberes de garante. Es decir, tras analizar si se ha efectuado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos enfrentados, hemos de examinar si la realización de las concretas acciones que se han exigido de los padres en el caso concreto que nos ocupa especialmente restrictivas de su libertad religiosa y de conciencia es necesaria para la satisfacción del bien al que se ha reconocido un valor preponderante.

En cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas, es indiscutible que el juicio ponderativo se ha efectuado, en lo que ahora estrictamente interesa, confrontando el derecho a la vida del menor (art. 15 CE) y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres (art. 16.1 CE). Es inconcluso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» (SSTC 53/1985, de 11 de abril [RTC 1985, 53], y 120/1990, de 27 de junio). Además, es oportuno señalar que, como hemos dicho en las SSTC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120), F. 7, y 137/1990, de 19 de julio (RTC 1990,

137), F. 5, el derecho fundamental a la vida tiene «un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte». En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.

En el marco de tal delimitación de los derechos en conflicto, las consecuencias del juicio formulado por el órgano judicial no tenían por qué extenderse a la privación a los padres del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia. Y ello porque, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante (acerca de este principio de proporcionalidad entre derechos fundamentales, por todas, SSTC 199/1987, de 16 de diciembre [RTC 1987, 199], F. 7, y 60/1991, de 14 de marzo [RTC 1991, 60], F. 5). Y es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión.

13. Una vez realizada dicha ponderación no concurría ya ningún otro elemento definidor de los límites al ejercicio de la libertad religiosa. Concretamente, el art. 16.1 CE erige el orden público como límite de las manifestaciones de este derecho. Pues bien, entendido dicho límite en el plano constitucional, cuando se trata de conflictos entre derechos fundamentales su preservación se garantiza mediante la delimitación de éstos, tal y como se ha efectuado en este caso.

A partir de los arts. 9.2 CEDH (RCL 1999, 1190 y 1572) y 18.3 PIDCP (RCL 1977, 893 y ApNDL 3630), anteriormente citados, podemos integrar, asimismo, en esa noción de orden público la seguridad, la salud y la moral públicas (como por otra parte se cuida de hacer el art. 3.1 LOLR). Pues bien es claro que en el caso que nos ocupa no hay afectación de la seguridad o de la moral pública. Y tampoco la hay en cuanto a la salud, ya que los textos internacionales, que sirven de pauta para la interpretación de nuestras normas (art. 10.2 CE), se refieren en los preceptos citados a la salud pública, entendida con referencia a los riesgos para la salud en general.

14. Sentados los anteriores extremos, procederemos al examen de qué concretas acciones se exigían a los padres, en el caso sometido a nuestra consideración, en relación con la prestación del tratamiento médico autorizado por la resolución judicial.

En primer lugar, se les exigía una acción suasoria sobre el hijo a fin de que éste consintiera en la transfusión de sangre. Ello supone la exigencia de una concreta y específica actuación de los padres que es radicalmente contraria a sus convicciones religiosas. Más aún, de una actuación que es contradictoria, desde la perspectiva de su destinatario, con las enseñanzas que le fueron transmitidas a lo largo de sus trece años de vida. Y ello, además, sobre la base de una mera hipótesis acerca de la eficacia y posibilidades de éxito de tal intento de convencimiento contra la educación transmitida durante dichos años.

En segundo lugar, se les exigía la autorización de la transfusión, a la que se había opuesto el menor en su momento. Ello supone, al igual que en el caso anterior, la exigencia de una concreta y específica actuación radicalmente contraria a sus convicciones religiosas, además de ser también contraria a la voluntad -claramente manifestada- del menor. Supone, por otra parte, trasladar a los padres la adopción de una decisión desechada por los médicos e incluso por la autoridad judicial -una vez conocida la reacción del menor, según los términos expuestos en el párrafo tercero del relato de hechos probados de la sentencia de instancia [antecedente 2 b) y fundamento jurídico tercero, apartado c), ambos de la presente Sentencia].

En tercer lugar, es oportuno señalar que los padres, ahora recurrentes, llevaron al hijo a los hospitales, lo sometieron a los cuidados médicos, no se opusieron nunca a la actuación de los poderes públicos para salvaguardar su vida e incluso acataron, desde el primer momento, la decisión judicial que autorizaba la transfusión, bien que ésta se llevara a cabo tardíamente (concretamente, cuando se concedió una segunda autorización judicial, varios días después de la primera). Los riesgos para la vida del menor se acrecentaron, ciertamente, en la medida en que pasaban los días sin llegar a procederse a la transfusión, al no conocerse soluciones alternativas a ésta, si bien consta, en todo caso, que los padres siguieron procurando las atenciones médicas al menor.

15. Partiendo de las consideraciones expuestas cabe concluir que la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y cabe concluir también que, al propio tiempo, su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que so-

bre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron.

En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa, yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias.

Así pues, debemos concluir que la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE). Por ello ha de entenderse vulnerado tal derecho por las Sentencias recurridas en amparo.

16. Debemos examinar, a continuación, si se ha producido la vulneración del principio de legalidad penal (derecho a la legalidad penal), que proclama el art. 25.1 CE. Pues bien, en este caso la vulneración del principio de legalidad es inherente a la vulneración del derecho a la libertad religiosa, por lo que resulta innecesario un pronunciamiento sobre el particular.

17. Como ya se ha expresado, en el presente caso los padres del menor fallecido invocaron su derecho a la libertad religiosa como fundamento de su actitud omisiva y, al mismo tiempo, posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor.

Por ello procede otorgar el amparo solicitado por vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), con la consiguiente anulación de las resoluciones judiciales impugnadas.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere laConstitución de la Nación Española (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), Ha decidido otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:

1. Reconocer que a los recurrentes en amparo se les ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE).

2. Restablecer en su derecho a los recurrentes en amparo y, a tal fin, anular las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supre-

mo, ambas primera y segunda de fecha 27 de junio de 1997 (RJ 1997, 4987), con el número 950/1997, dictadas en el recurso de casación núm. 3248/1996.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciocho de julio de dos mil dos.



Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año I - N.º 2 - agosto - diciembre, Lima, 2005

Documentos Constitucionales

- Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán - Argentina (Ley N° 6.944, de 08 de marzo de 1999)
- Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (Ley N° 7135 de 11 de octubre de 1989)

Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán-Argentina

(Ley N.º 6.944, de 08 de marzo de 1999)

TÍTULO I

PRINCIPIOS GENERALES

Art. 1.- OBJETO. El presente Código tiene por fin garantizar los derechos de las personas consagrados por la Constitución Provincial y Nacional, los tratados y las leyes Provinciales.

Art. 2.- PROTECCIÓN JUDICIAL. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro medio efectivo ante los jueces o Tribunales competentes que la ampare contra actos que violen o amenacen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Provincial y Nacional, la ley o los tratados, aún cuando tal lesión sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones públicas.

Art. 3.- ÁMBITO DE APLICACIÓN. La aplicación de este Código corresponde a los Tribunales provinciales cuando el acto, omisión o simple hecho que lo motive emane de autoridad provincial, y si procede de un particular debe estarse a lo que establecen las normas de competencia.

Si se ignora inicialmente quién es la autoridad que produce el acto, omisión o hecho lesivo, conoce cualquier Tribunal según las reglas que rigen su competencia territorial hasta establecer el presupuesto del párrafo anterior que determine definitivamente el Tribunal de aplicación. Las actuaciones en este caso se remiten al mismo para continuar según su estado.

Art. 4.- COMPETENCIA. Las acciones de hábeas corpus, amparo y de protección de los derechos comunes o difusos, y de inconstitucionalidad se interponen y sustancian ante los Tribunales de primera instancia.

Cuando se trate de actos lesivos que emanen de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Cámaras de Apelaciones y Cámaras de Instancia Unica, tiene competencia exclusiva para entender en la petición la Corte Suprema de Justicia. Si el acto emana de un Juez de Primera Instancia, entiende la Cámara de Apelaciones.

Art. 5.- INCONSTITUCIONALIDAD. Los jueces declaran de oficio, en el caso concreto, la inconstitucionalidad de normas o actos contrarios a la Constitución debiendo escuchar previamente a las partes y al Ministerio Público.

Art. 6.- SENTENCIAS DEFINITIVAS. Las sentencias que dictan los Tribunales superiores en casos de hábeas corpus o amparo se consideran definitivas a los efectos del recurso previsto en el artículo 106 de la Constitución Provincial. En materia de control de constitucionalidad de las normas y de protección de los intereses públicos según las previsiones de la presente ley, las decisiones desestimatorias no impiden la promoción de otras acciones o recursos dirigidas al mismo objeto.

TÍTULO II

GARANTIAS A LOS DERECHOS PERSONALES

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES COMUNES.

Art. 7.- LEGITIMACION ACTIVA. Cualquier persona particularmente interesada, por sí o por apoderado y el Ministerio Público puede interponer el hábeas corpus y el amparo.

Art. 8.- HORARIO EXTRAORDINARIO. Las acciones previstas en este Código se interponen aún después de las horas ordinarias de trabajo o en días inhábiles de los Tribunales por ante el Juez, Secretario o ante la Mesa Permanente.

Art. 9.- TURNOS. El turno lo determina la fecha y hora de la presentación. A efectos de los procedimientos previstos en la presente ley rigen los turnos de veinticuatro (24) horas corridas según el orden que determina la Corte Suprema de Justicia, sin obligación de permanencia del Juez y funcionarios auxiliares en la sede del Tribunal, en los días inhábiles.

Art. 10.- CARTELES AVISADORES. En cada jurisdicción debe darse a conocer en avisadores ubicados en sitios visibles donde el público habitualmente concurre o pueda acudir, el Juez de turno y el lugar de la sede del Tribunal de cada fuero de turno donde debe reclamarse la protección jurisdiccional. A tal efecto debe colocarse carteles en lugares ostensibles y fácilmente accesibles al público, en todos los edificios judiciales y policiales, y en dependencias de la Administración Pública.

Art. 11.- DÍAS Y HORAS HÁBILES. Durante la sustanciación del proceso de hábeas corpus o de amparo y su ejecución, todos los días y horas son hábiles.

Art. 12.- PLAZOS. Los plazos establecidos en este Código son perentorios e improrrogables. Cualquier retardo en su cumplimiento es sancionado disciplinariamente sin perjuicio de la acción por responsabilidad del funcionario.

No se interrumpen ni se suspenden por ningún incidente ni actuación que no esté expresamente preceptuado por la ley.

Los términos para las actuaciones y resoluciones judiciales se cuentan a partir del recibo de la gestión que los motive, y para las actividades de las partes desde la notificación de la resolución que las cause.

Art. 13.- IMPULSO PROCESAL. Una vez requerida la intervención judicial, el Tribunal actúa de oficio y con la mayor celeridad sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el procedimiento.

Art. 14.- FACULTADES DEL TRIBUNAL: PREFERENCIA Y CELERIDAD. La sustanciación de un hábeas corpus o de un amparo, en este orden, se hace sin pérdida de tiempo, posponiendo cualquier asunto de distinta naturaleza que tuviera el Tribunal.

Las comunicaciones entre Tribunales se hacen por el medio más rápido posible.

Art. 15.- COMPETENCIA. Se observan, en lo pertinente, las normas sobre competencia por razón de la materia, salvo que aquellas engendren dudas razonables al respecto, en cuyo caso el Juez requerido debe conocer de la acción.

Si el Tribunal se considera incompetente así lo declara dentro de las veinticuatro (24) horas de promovida la demanda y en el acto eleva en consulta inmediata la cuestión al Tribunal superior que decide a más tardar dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes. Si confirma la incompetencia, remite inmediatamente los autos al Tribunal competente, quien debe ser determinado en la sentencia. Si revoca la decisión, el Tribunal interviniente prosigue de inmediato con el procedimiento.

Art. 16.- DEFECTOS FORMALES. El Tribunal debe proveer de inmediato las medidas necesarias para subsanar los defectos formales de un hábeas corpus o de un amparo.

Si la presentación es oscura de manera que no puede establecerse claramente el hecho que la motiva, o no llena los requisitos indicados, el Tribunal dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de recibida, si lo considera necesario, puede intimar al presentante para que en el término perentorio que le fije, que no puede exceder de las setenta y dos (72) horas, aclare los términos de su demanda o corrija defectos, los cuales deben señalársele concretamente en la misma resolución. Si el peticionante no lo hace, la presentación es rechazada de plano.

Art. 17.- CONVERTIBILIDAD DE LA ACCIÓN. Cuando el Juez al conocer el asunto advierta que no se trata de un hábeas corpus sino de un amparo o viceversa, así lo declara y prosigue la tramitación de conformidad a lo establecido por esta ley.

El Juez, si lo estima necesario, puede conceder al interesado un término de hasta tres (3) días para que convierta la acción. Si éste no lo hiciere resolverá el asunto conforme a derecho.

Art. 18.- RECUSACIÓN. No es admisible la recusación sin causa. Si el Juez interviniente se considera inhabilitado por temor a parcialidad, así lo declara pero debe seguir el curso del procedimiento hasta que se haga cargo el Juez subrogante. No pueden articularse cuestiones previas, reconvenciones ni incidentes.

Art. 19.- JURISDICCIÓN. Es competente para conocer de estas acciones, el Tribunal de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice, tenga o pueda tener efecto.

Cuando un mismo acto u omisión afecte el derecho de varias personas, entiende en todas estas acciones el Tribunal que ha prevenido, disponiéndose la acumulación de autos, en su caso.

Art. 20.- SUJETOS Y AUTORIDADES REQUERIDAS. OBLIGACIONES. Los mandamientos judiciales expedidos en los procedimientos de hábeas corpus y amparo deben ser cumplidos de inmediato por los particulares y los funcionarios y empleados públicos requeridos al efecto del modo y en el plazo que aquellos establezcan.

Si se ignora la identidad de la autoridad directamente responsable, la orden se libra al superior jerárquico del demandado o a quien el Tribunal determine.

Cuando un órgano o agente de la Administración Pública, o un particular requerido al efecto, demore maliciosamente, niegue, o de alguna forma obstaculice la sustanciación de estas acciones, el Tribunal debe pasar las actuaciones al Juez competente a los fines de las responsabilidades penales incurridas.

Las demás autoridades de la Administración Pública, provincial o municipal, y de los organismos de seguridad de-ben adoptar los recaudos necesarios para el efectivo cumplimiento de la presente ley, y poner a disposición del Tribunal interviniente los medios a su alcance para la realización de su cometido.

Art. 21.- INFORME. El Tribunal deberá ordenar al sujeto identificado como autor del agravio que presente un informe por escrito.

El informe requerido debe contener de manera circunstanciada los antecedentes, motivos y fundamentos de la medida, los preceptos legales en que se funda y la prueba que exista contra el denunciado.

El Tribunal puede ordenar informes complementarios a cualquier otra repartición o sujeto.

Si el informe no se presenta en el plazo fijado, el Tribunal puede tener por ciertos los hechos y entrar a resolver la petición, si fuere conforme a derecho, sin más trámite, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas por sentencia fundada, salvo que exista prueba del accionante a producir o que el Tribunal estime necesaria alguna averiguación previa, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra el sujeto obligado.

Si del informe resulta que son ciertos los cargos formulados, el Tribunal dicta sentencia fundada dentro de las veinticuatro (24) horas haciendo lugar a la acción si procediere conforme a derecho.

Art. 22.- ACATAMIENTO. Firme la sentencia que declare procedente la acción, la autoridad o sujeto responsable del agravio debe cumplirla sin demora.

Art. 23.- DELITOS. Si de las actuaciones se tiene conocimiento de la probable comisión de un delito de acción pública, el Juez ordena sacar los testimonios correspondientes haciendo entrega de ellos al Ministerio Público.

Art. 24.- EXENCIÓN DE CARGAS. Las actuaciones en los procesos de hábeas corpus y de amparo están exentas del pago de sellado, depósitos y de cualquier otro impuesto, contribución o tributo provincial o local, sin perjuicio de la reposición cuando haya condena por costas.

Art. 25.- ESTADO DE SITIO. Cuando la libertad o los derechos constitucionales de una persona son limitados o cuando la acción, omisión o restricción cuestionados en un amparo son consecuencia de la declaración prevista en el artículo 23 de la Constitución Nacional, el Juez puede analizar, en el caso concreto:

1. La legitimidad de la declaración de estado de sitio;

2. La correlación entre la orden de restricción de derechos o de privación de la libertad o la medida cuestionada y la situación que dio origen a la declaración de estado de sitio;

3. La agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la restricción de los derechos o la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas;

4. El efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del artículo 23 de la Constitución Nacional.

Art. 26.- COSTAS. Cuando la decisión hace lugar a la acción, las costas son a cargo del responsable del acto lesivo, salvo el caso de inconstitucio-

nalidad de la norma fundante que corren por el orden causado. Si la autoridad pública es vencida, son responsables solidariamente la misma y el agente que realizó los actos u omisiones que motivan la condena, cuando este hubiere obrado con culpa.Cuando se rechaza la acción, las costas son a cargo de quien las cause, salvo el caso de improcedencia manifiesta declarada en la decisión, que son soportadas por el denunciante o el amparado o por ambos solidariamente según que la inconducta responda a la actividad de uno de ellos o de ambos a la vez.

Art. 27.- DENUNCIA MALICIOSA: SANCIONES. Cuando la denuncia es maliciosa por ocultamiento o mendacidad declaradas por el Juez, se impone al denunciante multa de hasta dos (2) meses de la remuneración de un Juez de Primera Instancia.

Los jueces y los funcionarios intervinientes que incurren injustificadamente en incumplimiento de los plazos que este Código prevé son sancionados con multa determinada según el párrafo anterior, sanción que aplica el Juez en la decisión cuando se trata de funcionarios requeridos y el superior cuando se trata de magistrados judiciales, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Provincial.

Art. 28.- RECURSO DE APELACIÓN. Sólo es apelable por ante el Tribunal Superior respectivo la sentencia definitiva, la que rechaza la acción como manifiestamente improcedente, y la que ordena o rechaza medidas de no innovar.

El recurso debe ser deducido en el plazo perentorio de veinticuatro (24) horas de notificada la resolución, por escrito u oralmente en acta ante el Secretario del Tribunal interviniente, pudiendo ser fundado.

Pueden interponer recurso el amparado, su defensor, la autoridad requerida o su representante, el sujeto obligado y el denunciante únicamente por la sanción o costas que se le hubieran impuesto cuando la decisión les causa gravamen.

El recurso procede siempre con efecto suspensivo salvo cuando se hace lugar a un hábeas corpus y en las medidas de no innovar decretadas en un amparo.

Art. 29.- PROCEDIMIENTO DE ALZADA. El Tribunal eleva de inmediato los autos al Superior, emplazando a las partes para que dentro de las veinticuatro (24) horas comparezcan ante la misma, poniendo al detenido a su disposición si se trata de un hábeas corpus denegado.

En el término del emplazamiento, las partes pueden fundar el recurso y presentar escritos de mejoramiento de los fundamentos del recurso o de la decisión.

El Tribunal Superior puede ordenar la celebración de la audiencia prevista en este Código, salvando los errores u omisiones incurridos por el Tribunal de Primera Instancia. El Superior resuelve el recurso en acuerdo fundado dentro de los tres (3) días de recibidos los autos y de veinticuatro (24) horas cuando se trata de un hábeas corpus.

Art. 30.- QUEJA. Contra la decisión que rechaza el recurso procede la queja ante el Tribunal Superior del Juez interviniente, la que debe interponerse dentro de las veinticuatro (24) horas de notificada la misma. En el mismo término debe el Superior resolver sobre su concesión o denegación.

Art. 31.- LEY SUPLETORIA

Son de aplicación subsidiaria en la tramitación de estos procedimientos las normas procesales vigentes en cada fuero cuidando el Tribunal de adaptarlas a los principios de celeridad y eficacia.

CAPITULO II

HABEAS CORPUS

Art. 32.- *PROCEDENCIA.* El hábeas corpus garantiza el derecho a la libertad ambulatoria y a la integridad física de la persona y procede contra acto, omisión o hecho arbitrario e ilegítimo que importe:

1. Privación, amenaza o limitación actual a dichos derechos sin orden escrita de Juez competente, aún cuando provengan de autoridad de cualquier orden, incluso judicial; salvo el caso de 'in fraganti' en que todo delincuente puede ser arrestado por cualquier persona y conducido de inmediato a presencia del Juez.

2. Demora en ser conducido de inmediato a presencia del Juez en los casos de delincuentes detenidos 'in fraganti' por cualquier persona.

3. Restricción ilegítima al derecho de entrar, transitar y salir libremente del territorio argentino.

4. Agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad física sin perjuicio de las facultades propias del Juez del proceso, si lo hubiere.

5. Exceso del plazo legal de la condena o del plazo de veinticuatro (24) horas de detención sin haberse dado aviso al Juez competente y puesto al arrestado a su disposición con los antecedentes del hecho que motive el arresto.

6. Ilegitimidad de la incomunicación del detenido o exceso de las condiciones establecidas por la ley o del plazo de tres (3) días de incomunicación fijado por el artículo 32 de la Constitución Provincial.

7. Cuando la causa que motiva la detención no está tipificada y penada en ley vigente al momento del hecho.

Art. 33.- COMPETENCIA. Son competentes para entender en los hábeas corpus los Jueces de Instrucción, según las reglas que establecen su jurisdicción territorial.

Art. 34.- DENUNCIA. La presentación del hábeas corpus debe contener la identidad y domicilio del denunciante y, todos los datos que se conocieren de la persona beneficiaria; identificación y demás información sobre el sujeto de quien emana el acto lesivo y sobre la ilegitimidad del mismo, en la medida en que sean conocidos, y toda otra información que conduzca a la mejor averiguación de la verdad.

Art. 35.- FORMALIDADES. El hábeas corpus se interpone por cualquier medio de comunicación escrito sin necesidad de autentificación, formalidad ni recaudo fiscal, por telegrama o carta documento, o verbalmente ante secretario judicial que levanta acta al efecto.

Art. 36.- MINISTERIO PÚBLICO. Presentada la denuncia, el Tribunal debe ponerla en conocimiento del Ministerio Público por escrito. Este tiene en el procedimiento todos los derechos otorgados a los demás intervinientes, pero no es necesario citarlo o notificarlo para la realización de actos posteriores. Puede presentar las instancias que crea convenientes y recurrir la decisión cualquiera sea el sentido de ella.

Art. 37.- AUTO DE HABEAS CORPUS. INFORME. El Juez interviniente ordena al sujeto identificado como infractor presente el informe escrito del artículo 21 dentro de un plazo de veinticuatro (24) horas.

Simultáneamente, cuando exista privación de la libertad de la persona, ordena que se presente de inmediato al detenido por ante el Tribunal. Al mismo tiempo, ordena abstenerse de efectuar, respecto del ofendido, acto alguno que pueda causar la lesión amenazada, agravar o hacer imposible la resolución definitiva que adopte el Tribunal.

El informe requerido, además de las condiciones establecidas en el artículo 21, debe señalar la forma y condiciones en que se cumple la restricción de la libertad, si ha obrado por orden escrita de autoridad competente, caso en el cual debe acompañar testimonio y, si el detenido hubiese sido puesto a disposición de otra autoridad, indicar ante quién, por qué causa y en qué oportunidad se efectuó la transferencia. Las autoridades en cuya custodia estuvo el detenido antes de ser transferido o que han sido notificadas de un hábeas

corpus, se encuentran obligadas a hacer conocer la existencia del mismo a la autoridad que recibió al detenido y así sucesivamente.

El Tribunal, acompañado por el actuario, puede constituirse personalmente en el lugar donde se encuentra el detenido o practicar inspecciones cuando lo considere necesario de acuerdo a las circunstancias del caso o a efectos de asegurar su ejecución, se haga o no lugar al hábeas corpus.

Las ordenes judiciales pueden emitirse verbalmente al sujeto o autoridad correspondiente, sin perjuicio de su inmediata atestación por escrito con expresión de día y hora, por el actuario.

En todo momento el Juez puede ordenar cualquier medida de protección de los derechos del amparado, pudiendo requerir su presencia cuantas veces lo crea conveniente.

Art. 38.- HABEAS CORPUS CONTRA DECISIONES JUDICIALES. Cuando se trate de personas que han sido detenidas y puestas a la orden de alguna autoridad judicial, sin que se haya dictado auto escrito que restrinja su libertad y no exista otro procedimiento idóneo en resguardo del derecho conculcado, puede interponerse hábeas corpus por ante el Superior en grado de dicha autoridad judicial el que podrá suspender hasta por cuarenta y ocho (48) horas la tramitación del mismo, dirigiéndose en el mismo acto a la autoridad judicial a cuyo cargo se halla el detenido para que informe sobre la causa, si ha dispuesto en legal y debida forma la detención, y practique las diligencias que correspondan. El procedimiento es breve y sumario, sin formalismos, adaptándose en función de las circunstancias, juzgándose en instancia única, impidiendo cualquier otra vía para cuestionar el acto lesivo.

Art. 39.- HABEAS CORPUS DE OFICIO. Cuando un Tribunal tiene conocimiento que alguna persona es demorada, mantenida en custodia, detención o confinamiento por funcionarios de su dependencia o personal administrativo, político o militar o que pueda razonablemente temerse que sea trasladada fuera del territorio de su jurisdicción o que pueda sufrir un perjuicio irreparable antes de que sea socorrida por un hábeas corpus, puede expedirlo de oficio, ordenando a quien la detiene o a cualquier autoridad policial, u otro empleado que tome la persona detenida o amenazada y la traiga a su presencia para resolver lo que corresponda según derecho.

Art. 40.- PLAZO PARA RESOLVER. Vencido el plazo fijado, el Tribunal resuelve el hábeas corpus dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, salvo que deba realizarse alguna medida probatoria o se haya convocado a una audiencia, en cuyo caso este término corre luego de producidos éstos.

Art. 41.- DEBERES DE LA AUTORIDAD. La autoridad requerida debe cumplir de inmediato la orden judicial.

Desde el conocimiento de la orden el detenido queda a disposición del Tribunal interviniente que la emitió.

Si el detenido se halla afectado por un impedimento físico por el cual no pueda ser llevado a la presencia del Tribunal, la autoridad a cuyo cargo éste se encuentre debe proceder de inmediato a internarlo en un establecimiento sanitario con los debidos resguardos de seguridad, y a informar al Tribunal esta circunstancia acompañando las pruebas correspondientes. En este caso el Tribunal, en atención al informe producido, fija el término en que se va a cumplir la orden, pudiendo el Juez o el actuario constituirse donde se encuentre el detenido y autorizar a un familiar o persona de confianza para que lo vea en su presencia.

Art. 42.- AUDIENCIA. Sólo si el Tribunal lo considera necesario, en un plazo no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, puede citar a los interesados a una audiencia. En tal caso, la persona que se encuentra privada de su libertad, debe necesariamente estar presente.

Cuando el amparado no estuviera privado de su libertad la audiencia es obligatoria.

Si el amparado no nombra defensor, se le nombrará defensor oficial, quien lo representará en caso de ausencia.

El Juez debe asistir personalmente a la audiencia sin poder delegar en funcionarios del juzgado.

La audiencia comienza con la lectura del hábeas corpus y del informe presentados con las pruebas producidas. Tienen oportunidad para expresarse la autoridad requerida y el amparado personalmente o por intermedio de su asistencia letrada o defensor. El Tribunal puede interrogar a las partes y disponer, en su caso, los exámenes que correspondan.

De la audiencia se levanta acta circunstanciada por Secretaría.

Art. 43.- PRUEBAS. Si a pedido de alguno de los intervinientes, previa decisión judicial de su admisibilidad, o de oficio se dispone la realización de diligencias probatorias, las mismas deben solicitarse y producirse con carácter de urgente y antes de la audiencia.

Las pruebas o medidas que disponga el Juez con posterioridad a la audiencia, deben producirse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes.

Art. 44.- DECISIÓN. El Juez dicta la decisión sin dilación alguna o inmediatamente después de finalizada la audiencia, cuando hubiese privación de la libertad.

La resolución debe contener:

1. Día y hora de su emisión.

2. Mención del acto denunciado como lesivo, e identificación del sujeto que lo produjo y de la persona que lo sufre.

3. Motivación de la decisión, donde se examina entre otros aspectos los siguientes:

a) si la autoridad tenía competencia para dictar la restricción de la libertad o la medida impuesta.

b) si la detención se ordenó ilegítimamente o contra lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

c) si existe auto de detención o prisión preventiva legalmente decretada o si la pena que se está cumpliendo es la impuesta por sentencia firme.

d) si, en caso de estar suspendidas las garantías constitucionales, se dan los recaudos previstos en el artículo 25 de este Código y la resolución se dictó dentro de las limitaciones constitucionales y de las razonablemente derivadas de la misma declaratoria de Estado de Sitio.

e) si por algún motivo fuere indebida la privación de la libertad o la medida impuesta.

f) si efectivamente hubo o existe amenaza de violación de los derechos protegidos por el hábeas corpus.

g) si la persona hubiere sido ilegítimamente demorada o incomunicada, o si la incomunicación legalmente decretada se mantiene por un plazo mayor al legalmente autorizado.

h) si la detención, prisión o medida impuesta se cumple en condiciones legalmente prohibidas.

i) si el hecho que se imputa está o no previsto por ley preexistente.

4. Parte resolutiva que versa sobre el rechazo de la denuncia o su acogimiento si del examen practicado resulta ilegítimo el acto del sujeto o las medidas dispuestas, sin perjuicio de lo que proceda contra la autoridad responsable.

5. Costas y sanciones según los artículos 26 y 27 respectivamente.

6. La firma del Juez.

Art. 45.- EFECTOS.

La sentencia que haga lugar al hábeas corpus deja sin efecto las medidas impugnadas, ordena la inmediata libertad al detenido o la cesación del acto lesivo restableciendo al ofendido el pleno goce de su derecho o libertad conculcados, y establece los demás efectos de la sentencia para el caso concreto. Las autoridades o sujetos responsables del agravio se encuentran sometidos a las obligaciones del artículo 20.

Art. 46.- NOTIFICACIÓN. La decisión se notifica a los interesados en el domicilio constituido o, en caso de haberse realizado la audiencia, es leída inmediatamente por el Juez a los intervinientes, quedando notificados aún cuando alguno de ellos se hubiere retirado.

Además, la resolución que decida el hábeas corpus se notifica personalmente al perjudicado, para lo cual las autoridades correspondientes deben brindar todas las facilidades al notificador. Sin embargo, no es necesario notificar al perjudicado la resolución que haga lugar al hábeas corpus si en el momento en que debe practicarse el acto ya ha sido puesto en libertad o existe imposibilidad material de hacerlo. El notificador deja constancia en el expediente de la información recabada durante la diligencia.

Art. 47.- RECURSO DE ALZADA. Contra la decisión puede interponerse recurso de apelación por ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 28, 29 y 30.

Puede interponer el recurso el amparado, su defensor, el sujeto responsable del agravio, o su representante y el denunciante únicamente por la sanción o costas que se le hubieran impuesto, cuando la decisión les cause gravamen.

Art. 48.- DENUNCIANTE. El denunciante puede intervenir en el procedimiento con asistencia letrada y tiene los derechos reconocidos a los demás intervinientes, salvo lo dispuesto en el último párrafo del artículo anterior.

Art. 49.- REGISTRO DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD. Créase el Registro Provincial de Personas detenidas, privadas o restringidas de su libertad física dependiente de la Corte Suprema de Justicia, al cual toda autoridad pública, nacional, provincial o municipal, de cualquier tipo o naturaleza debe comunicar la restricción de la libertad física impuesta a una persona bajo su jurisdicción dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de producida, informando la identidad y demás datos personales del afectado, clase y duración de la limitación, debiendo mantener actualizada esta información y comunicar cualquier agravamiento o modificación de las condiciones de la privación de la libertad.

CAPÍTULO III

AMPARO GENERAL

Art. 50.- PROCEDENCIA. La acción de amparo se deduce contra todo acto, omisión o hecho de órganos o agentes del Estado provincial o entes autárquicos provinciales, o de particulares, que, en forma actual o inminente, viola, lesiona, restrinja, altera o amenaza violar con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos, libertades o garantías explícita o implícitamente

reconocidos por la Constitución Provincial o Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, con excepción de los protegidos por el hábeas corpus.

Art. 51.- INADMISIBILIDAD. La acción de amparo no es admisible:

1. Cuando se trate de un acto jurisdiccional emanado de Tribunal del Poder Judicial de la Provincia o de la Nación; o del Tribunal de la Legislatura en el Juicio Político.

2. Contra las leyes u otras disposiciones normativas con fuerza de ley, salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquellas o cuando se trate de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado y configure un supuesto del artículo anterior. La falta de impugnación directa de los decretos o disposiciones generales a que se refiere este inciso o el transcurso del plazo para formularla no impide que los actos de aplicación individual puedan discutirse en la vía de amparo, siempre que se infrinja algún derecho fundamental del reclamante, protegido por el artículo 50.

3. Cuando la acción u omisión ha sido consentida por la persona agraviada.

Art. 52.- PLAZO DE CADUCIDAD. El amparo se interpone en cualquier tiempo mientras subsista la acción u omisión que motiva el mismo, y hasta noventa (90) días hábiles después de que hayan cesado totalmente sus efectos directos respecto del perjudicado.

Art. 53.- RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO. No será necesaria la reposición o ningún otro recurso administrativo para interponer la acción de amparo. Cuando el afectado opte por ejercitar los recursos administrativos que concede el ordenamiento, se suspende el plazo de caducidad mientras la administración no resuelva expresamente, sin perjuicio de que se ejerza directamente en cualquier momento.

Art. 54.- SUJETO PASIVO. La acción de amparo puede dirigirse contra el funcionario o titular del órgano que aparezca como presunto autor del agravio. Si uno u otro han actuado en cumplimiento de ordenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, se tiene por entablado el amparo contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en la sentencia. De ignorarse la identidad del agente público, la acción se tendrá establecida contra el superior jerárquico.

También, puede dirigirse contra particulares presuntos autores del agravio. Si se trata de una persona jurídica, contra su representante legal; y si lo

es una empresa, grupo o colectividad organizados, contra su representante aparente o el responsable individual.

Puede darse intervención al tercero que tenga derechos subjetivos en relación a la norma o acto que motive la acción de amparo. Además, quien tenga un interés legítimo en el resultado de la acción puede apersonarse e intervenir en procedimiento como tercero coadyuvante del actor o del demandado.

Art. 55.- DEMANDA. La acción de amparo se interpone por cualquier medio de comunicación escrito, por telegrama o carta documento y debe contener:

1. El nombre, apellido, nacionalidad y domicilio real y constituido y, en su caso, del accionante o personería invocada suficientemente justificada;

2. La individualización, en lo posible, del autor del acto u omisión impugnados o de quien hubiere ordenado la restricción;

3. La relación circunstanciada, con la mayor claridad posible, de los hechos, actos u omisiones que han producido o que estén en vías de producir la lesión que motiva el amparo;

4. La petición formulada en términos claros y precisos.

Art. 56.- PRUEBAS. Con el escrito de la demanda, debe ofrecerse toda la prueba y acompañarse la documental que se disponga. En caso contrario, se la individualiza expresando su contenido y el lugar donde se encuentre.

El número de testigos no puede exceder de cinco (5) por cada parte, siendo carga de ésta hacerlos comparecer a su costa a declarar, sin perjuicio de requerir el uso de la fuerza pública en caso de necesidad.

Sólo se admite la prueba de absolución de posiciones cuando la acción se promueva contra particulares, en cuyo caso debe acompañarse el pliego con el escrito de demanda.

Art. 57.- COMPETENCIA. Es competente el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Común con jurisdicción en el lugar en que el acto lesivo tenga, puede o debe tener efecto a opción del actor. Se observan en lo pertinente las normas de competencia por razón de turno, salvo imposibilidad material o urgencia o que hubiera duda razonable, en cuyo caso el Juez requerido conoce la demanda. Cuando un mismo acto lesivo afecte a varias personas, entiende en todos los casos el juzgado que hubiese prevenido, disponiéndose en su caso la acumulación de autos.

Art. 58.- MEDIDAS DE NO INNOVAR. En cualquier estado de la instancia el Juez puede ordenar, a pedido de parte o de oficio, medidas de no innovar, las que se cumplimentan en forma inmediata, sin perjuicio de su ulterior notificación. El Juez puede pedir la contracautela pertinente para respon-

der por los daños que tales medidas pudieren ocasionar. La solicitud debe resolverse el mismo día de su presentación.

Cuando la suspensión acordada por la medida de no innovar afecte un servicio público o a la administración, el Juez puede dejarla sin efecto, declarando a cargo de la autoridad demandada o personalmente por los que la desempeñan, la responsabilidad por los perjuicios que se deriven de su ejecución.

De igual modo, el Juez interviniente puede dictar cualquier medida de conservación o seguridad que la prudencia aconseje, para prevenir riesgos materiales o evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo conforme con las circunstancias del caso.

El Juez, por resolución fundada, puede hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que se hubieren dictado.

Art. 59.- INFORME. Cuando el Juez considere que la acción es formalmente procedente o no fuere del caso resolver interlocutoriamente el amparo, da inmediato traslado de la demanda al accionado y debe ordenar el informe del artículo 21. La omisión del pedido de informe es causa de nulidad del proceso. La contestación debe hacerse en el plazo que se le fije, en razón de las particularidades del caso, que no podrá exceder de las setenta y dos (72) horas corridas.

Si la acción es contra un órgano colegiado, la orden se dirige a su presidente.

El requerido debe cumplir la carga de ofrecer la prueba al contestar la demanda en la forma establecida para el accionante. Al ordenarse el informe, el Juez puede pedir el expediente administrativo o la documentación en que consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar estas piezas acarrea responsabilidad por desobediencia.

Art. 60.- HECHOS CONTROVERTIDOS PRUEBA. AUDIENCIA. Si el informe niega los hechos o hay prueba a producir el Juez ordena de inmediato su producción que debe concluirse dentro de los tres (3) días con recepción de las pruebas indispensables. Sólo si el Juez lo considera absolutamente necesario, dentro de ese mismo plazo, por auto fundado, puede convocar a una Audiencia donde deben concurrir las partes intervinientes, por sí o por apoderado, para ser oídas, de todo lo cual se levanta acta, siempre que ésta no cause gravamen irreparable a la situación del afectado.

Si no comparece el accionante se lo tiene por desistido, ordenándose el archivo de las actuaciones con imposición de costas. Si no lo hiciera el accionado pasan los autos para sentencia.

Si quedase prueba pendiente de producción por causas ajenas a la diligencia de las partes, o el Juez considera necesario ordenar medidas para mejor proveer puede ampliar dicho término por igual plazo. Cumplidas estas actuaciones el Juez de inmediato dicta sentencia dentro de las cuarenta y ocho (48) horas.

Art. 61.- SENTENCIA. La sentencia debe contener:

1. Lugar, día y hora de su emisión;

2. Identidad del agraviado y mención concreta de la autoridad o el particular del cual emana la acción u omisión denunciados como lesivos;

3. Fundamentos de la decisión;

4. Parte resolutiva expresando claramente el acogimiento o rechazo del amparo, y determinación precisa de los actos a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución, y, en su caso, el plazo fijado para su cumplimiento;

5. Las costas y sanciones que pudieren corresponder;

6. La firma del Juez.

Art. 62.- EFECTOS. La sentencia que concede el amparo declara ilegítima la acción u omisión que dio lugar a la acción, y ordena que se cumpla lo dispuesto por el Tribunal dentro del término que el propio fallo señale, según corresponda en cada caso.

Cuando el acto impugnado sea de carácter positivo, la sentencia que conceda el amparo tiene por objeto restituir o garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y restablecer las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando fuere posible.

Si el amparo ha sido establecido para que una autoridad reglamente, cumpla o ejecute lo que una ley y otra disposición normativa ordena, dicha autoridad tiene el plazo que fija la sentencia para cumplir con la prevención.

Cuando lo impugnado ha sido la denegación de un acto o una omisión, la sentencia ordena realizarlo u obliga al responsable a que actúe en el sentido de respetar el derecho de que se trate, para lo cual otorga un plazo prudencial perentorio. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, ordena su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción semejante.

En todo caso, el Juez establece los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

Art. 63.- CESACIÓN DE LOS EFECTOS. Si al tiempo de hacerse lugar el amparo han cesado los efectos del acto reclamado, o éste se ha consumado en forma que no sea posible restablecer al perjudicado en el goce de su

derecho o libertad conculcados, la sentencia previene al agraviante que no debe incurrir en actos u omisiones iguales o semejantes a los que dieron mérito para acoger la acción, y que si procede de modo contrario, desobedece la orden judicial con las consecuencias que de ello deriva.

Si estando en curso la tramitación de un amparo, se dicta resolución administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se acoge la acción únicamente a efectos de imponer las costas, si proceden.

Art. 64.- RECHAZO DE LA ACCIÓN. El rechazo del amparo no prejuzga sobre la responsabilidad administrativa, civil o penal en que haya podido incurrir el autor del agravio, y el ofendido puede ejercitar o promover las acciones pertinentes.

Art. 65.- COSA JUZGADA. La sentencia de amparo hace cosa juzgada sobre su objeto, pero deja subsistentes las acciones ordinarias que pudieren corresponder a cualquiera de las partes para la defensa de sus derechos.

CAPÍTULO IV
AMPAROS ESPECIALES

Art. 66.- DISPOSICIÓN GENERAL. En los amparos contenidos en este capítulo se aplican, en lo que no esté específicamente reglado, las disposiciones de los capítulos 1 y 3 de este Título adaptadas según las modalidades y circunstancias del caso para asegurar un trámite rápido y expeditivo, con excepción de aquellos recaudos particulares previstos por cada uno de ellos en atención al bien jurídico protegido.

Art. 67.- AMPARO INFORMATIVO (HABEAS DATA). Cualquier persona física puede reclamar por vía de amparo una orden judicial para conocer las informaciones relativas a su persona que consten en registros o bancos de datos de entidades públicas, o privadas destinadas a proveer informes el destino, uso o finalidad dado a esa información; para actualizar dichas informaciones o rectificar sus errores; para imposibilitar su uso con fines discriminatorios; para asegurar su confidencialidad; para exigir su supresión; o para impedir el registro de datos relativos a sus convicciones ideológicas, religiosas o políticas, a su afiliación partidaria o sindical, o a su honor, vida privada condición social o racial o intimidad familiar y personal.

Será competente para conocer en esta acción el Juez en lo Civil y Comercial Común.

Art. 68.- AMPARO ELECTORAL. Cuando un elector se considere arbitraria e ilegalmente, afectado en su inmunidad, libertad o seguridad electo-

rales, privado, impedido o restringido en sus derechos electorales o privado del ejercicio del sufragio o cuando un tercero le retenga indebidamente su documento cívico, puede solicitar amparo por sí, o por intermedio de cualquier persona en su nombre, por escrito o verbalmente, denunciando el hecho al Juez con competencia electoral, quien resuelve inmediatamente y dispone urgentemente las medidas conducentes para hacer cesar el impedimento. Las decisiones se cumplen sin más trámites por intermedio de la fuerza pública, si fuere necesario.

Cuando se afecten los derechos electorales en elecciones gremiales, de Asociaciones Profesionales o de cualquier tipo de entidad, se puede además recurrir en amparo a fin de que de inmediato haga cesar las restricciones ilegales o arbitrarias.

Serán competentes los Tribunales de Iª Instancia en lo Civil y Comercial Común, del Trabajo o Contencioso Administrativo, según la naturaleza de la entidad de que se trate.

Art. 69.- AMPARO FISCAL. La persona individual o colectiva perjudicada en el normal ejercicio de un derecho o actividad por demora excesiva de los empleados administrativos en realizar un trámite o diligencia a cargo de la Dirección General de Rentas de la Provincia, puede recurrir en amparo por los Tribunales en lo Contencioso Administrativo.

El Tribunal, si lo juzga procedente, en atención a la naturaleza del caso, requiere del funcionario a cargo de la Dirección General de Rentas que dentro de un plazo no mayor de tres (3) días informe sobre la causa de la demora imputada y forma de hacerla cesar.

Contestado el requerimiento o vencido el plazo para hacerlo el Tribunal puede resolver lo que corresponda para garantizar el derecho del afectado, ordenando en su caso la realización del trámite administrativo o liberando de él al particular mediante el requerimiento de la garantía que estime suficiente.

Art. 70.- AMPARO POR MORA DE LA ADMINISTRACIÓN. Cuando la Constitución, la ley u otra norma con fuerza de ley imponga a un funcionario, repartición o ente público administrativo un deber concreto de cumplir en un plazo determinado y la administración fuere morosa en la tramitación de un expediente administrativo, toda persona afectada que fuere parte del mismo puede solicitar al Tribunal en lo Contencioso Administrativo, libre orden de pronto despacho.

Dicha orden es procedente cuando la autoridad administrativa ha dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubo una irrazonable demora en su tramitación sin emitir el dictamen o resolución de mero trámite o de fondo que requiere el interesado.

Presentado el petitorio, el Tribunal se expide sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estima pertinente requiere a la autoridad administrativa interviniente, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del Tribunal es inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo haya evacuado, resuelve librar la orden para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo que se establezca en atención a las circunstancias del caso.

La desobediencia a la orden de pronto despacho es puesta en conocimiento de la autoridad superior correspondiente a los mismos a los efectos de la sanción disciplinaria que proceda y a la Justicia Penal. Asimismo faculta al Tribunal a aplicar, a petición de parte, las sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes al cumplimiento de su decisión, cuyo importe es en beneficio de la parte perjudicada por el incumplimiento. La condena será graduada prudencialmente por el Tribunal de acuerdo a las circunstancias del caso y a la entidad de la desobediencia, previa intimación, bajo apercibimiento por el término de cinco (5) días.

En el supuesto de quedar expedita la acción judicial por aplicación del artículo 19 de la Constitución Provincial, no serán de aplicación las sanciones previstas en el presente artículo.

CAPÍTULO V
AMPAROS COLECTIVOS

Art. 71.- EXTENSIÓN. La defensa jurisdiccional de los intereses colectivos comprende la tutela de la salud pública; la conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y de la flora, y la protección del medio ambiente de conformidad a los principios contenidos en el Art. 36 de la Constitución Provincial; la preservación del patrimonio cultural y de los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos amparados por el inciso 1 del artículo 124 de la Constitución Provincial; la correcta comercialización de mercaderías a la población, la competencia leal y los intereses y derechos del consumidor y del usuario de servicios públicos; en general, la defensa de valores similares de la comunidad y de cualesquiera otros bienes que respondan, en forma idéntica, a necesidades comunes de grupos humanos a fin de salvaguardar la calidad de la vida social.

Art. 72.- AMBITO DE APLICACIÓN. Las normas básicas sustanciales de esta ley tienen vigencia en todo el territorio de la Provincia, cualesquiera sea el Tribunal que las aplique.

Art. 73.- SUBSIDIARIEDAD. No es admisible esta acción si se hubiera dejado de usar oportunamente vías de impugnación especiales acordada por las leyes o reglamentos salvo que por tales vías no pudiera obtenerse la finalidadtuitiva garantizada por esta ley.

Art. 74.- COMPETENCIA. Estas acciones pueden deducirse ante el Juez de primera instancia en lo civil y comercial común, con jurisdicción en el lugar donde ha producido o debido producir sus efectos el acto o la decisión del autor de la lesión, o en el lugar del asiento de éste, a elección del accionante.

Cuando una misma decisión, acto u omisión afecta el derecho de varias personas, conoce de todas las acciones que se deducen, el Juez que ha prevenido, quien dispone la acumulación de todos.

Art. 75.- ACCIONES. Cuando un acto, decisión, hecho u omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o local, o de entidades o personas privadas, de forma arbitraria o ilegal ocasione lesión, privación, perturbación o amenaza en el goce de intereses difusos, puede ejercerse ante los Tribunales correspondientes las acciones de «Amparo de Protección» de los intereses colectivos, para la prevención de un daño grave o inminente o la cesación de perjuicios actuales susceptibles de prolongarse; o de «Amparo de Reparación» de los daños colectivos, para la reposición de las cosas al estado anterior del daño producido a la comunidad interesada.

Art. 76.- AMPARO DE PROTECCIÓN. Sin perjuicio de cualquier otro supuesto, la acción de amparo de protección de los intereses colectivos, en particular, procede con el fin de:

1. Paralizar los procesos de emanación o desecho de elementos contaminantes del medio ambiente o cualesquiera otras consecuencias de un hecho u omisión que vulnera el equilibrio ecológico, lesione, perturbe o amenace valores estéticos, históricos, artísticos, urbanísticos, arquitectónicos, arqueológicos, paisajísticos u otros bienes vinculados al resguardo de la calidad de vida de la comunidad.

2. Impedir la circulación comercial de productos defectuosamente elaborados, o disponer su exclusión del mercado de consumo cuando, por no reunir los recaudos necesarios de calidad y seguridad, comprometan la salud o indemnidad personal o patrimonial de los consumidores, o de los usuarios.

3. Suprimir las irregularidades en las prácticas comerciales, como la competencia desleal, la publicidad que, por ser engañosa o por imprudencia en su contenido o la ausencia o insuficiencia de precauciones o advertencias a los consumidores, resultare perjudicial a los intereses colectivos.

Art. 77.- AMPARO DE REPARACIÓN. La reposición de las cosas al estado anterior tiene lugar siempre que sea posible reparar el menoscabo de los intereses colectivos, que, en particular, consiste en:

1. La adopción de las medidas idóneas para recomponer el equilibrio de los valores ecológicos u otros bienes comunes a la colectividad perjudicada.

2. La rectificación de la publicidad engañosa por los mismos medios y modalidades empleados en el mensaje irregular, o la corrección de sus términos para una adecuada información a los consumidores.

Art. 78.- LEGITIMACION ACTIVA. El Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y las agrupaciones privadas legalmente reconocidas, constituidas para la defensa de los intereses colectivos, adecuadamente representativas de la comunidad registrados conforme lo establezca la ley, con exclusión de cualquier otro sujeto, están indistintamente legitimados para proponer e impulsar las acciones previstas en esta ley. Las demás personas pueden denunciar ante el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo, los hechos que permitan articular la acción reglamentada.

El Ministerio Público, cuando no intervenga en el proceso como parte, actúa obligatoriamente en defensa del interés público. La autoridad pública, una vez evacuado el pedido de informe o vencido el plazo para hacerlo, en lo sucesivo es representada por el Ministerio Público.

El Juez puede ordenar el impulso del proceso a cargo del Ministerio Público cuando resulte verosímil la existencia de la privación, perturbación o amenaza al interés colectivo demandado, incluso cuando resuelva denegar legitimación al demandante o éste no cumpliera con la carga impuesta en el inciso 1 del párrafo siguiente.

El Tribunal resuelve en cada caso concreto sobre la admisibilidad de la legitimación invocada, considerando prioritariamente el cumplimiento de alguno de los siguientes recaudos:

1. Que la agrupación esté integrada por los sujetos que en forma particular resulten perjudicados por el hecho u omisión violatorio del interés colectivo, en cuyo caso la acreditación de la personería jurídica del grupo puede efectivizarse dentro del plazo de treinta (30) días a partir de la resolución que le concede la legitimación para obrar.

2. Que la agrupación prevea estatutariamente como finalidad expresa, la defensa del específico tipo o naturaleza del interés colectivo menoscabado.

3. Que la agrupación esté ligada territorialmente al lugar de producción de la situación lesiva del interés colectivo.

4. El número de miembros, antigüedad en su funcionamiento, actividades y programas desarrollados y toda otra circunstancia que refleje la seriedad y responsabilidad de la trayectoria de la agrupación, en defensa de los intereses colectivos.

Las asociaciones legitimadas están habilitadas para tomar intervención como litis consortes de cualesquiera de las partes.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las entidades legitimadas, la titularidad activa es asumida por el Ministerio Público.

Cuando hay dificultades para la individualización de las legitimaciones, el Juez o Tribunal dispone las medidas más idóneas a los fines de la regular constitución del proceso, salvaguardando el principio de contradicción.

Art. 79.- PUBLICIDAD. Promovida la acción se da publicidad de la misma por edictos o por televisión, radio o cualquier otro medio de difusión que el Juez estime conveniente. La publicidad de la demanda debe contener una relación circunstanciada de los elementos de la misma en cuanto a personas, tiempo y lugar y la reproducción literal del párrafo siguiente.

Dentro del plazo de cinco (5) días desde la última publicación, pueden postularse, interponiendo la demanda respectiva, las agrupaciones privadas de defensa que invoquen mejor derecho para obrar como legitimado activo; asimismo pueden los sujetos singularmente damnificados acumular su pretensión a la acción colectiva, unificando personería en representante de la agrupación legitimada.

Art. 80.- LEGITIMACION PASIVA. Son sujetos pasivos de las acciones previstas en la presente ley:

1. Las personas privadas de existencia física o ideal que realicen en forma directa o a través de los que están bajo su dependencia, los hechos u omisiones lesivos; y quienes se sirvan o tengan a su cuidado las cosas o actividades, que generen la privación, perturbación o amenaza de los intereses colectivos.

2. El Estado y demás personas jurídicas públicas, cuando asumen la calidad prevista en el inciso precedente, o cuando los recaudos exigidos para la autorización de la actividad privada o en la medidas adoptadas para el control de su adecuada ejecución, obra en ejercicio manifiestamente insuficiente o ineficaz de sus atribuciones, tendientes a la prevención de los eventos dañosos para los intereses colectivos.

Art. 81.- EXONERACIÓN. Los sujetos responsables sólo pueden repeler estas acciones cuando acrediten que el daño o amenaza al interés colectivo es consecuencia del hecho de un tercero por el que no debe responder, o

de la culpa grave de la víctima, o de un caso fortuito o de fuerza mayor que son extraños a las cosas o actividades por las que se les atribuye el menoscabo.

En los casos previstos en el inciso 1 del artículo anterior la responsabilidad de los sujetos no queda exonerada por la circunstancia de mediar autorización administrativa para el ejercicio de la actividad o el empleo de las cosas que generan la privación, perturbación o amenaza de los intereses colectivos.

Art. 82.- INFORME. PRUEBA. Al evacuar el informe requerido por el Juez, el accionado ofrece la prueba que estime pertinente a cuyos efectos se le fija un plazo prudencial a criterio del Tribunal.

Si resultan controvertidos hechos fundamentales, el Juez señala un plazo no mayor de cinco (5) días para que se produzca la prueba que se haya propuesto, o la que él indique.

Art. 83.- EFECTOS. Recibido el pedido de informe, el sujeto requerido debe abstenerse de agravar la situación la situación existente en ese momento, o, en su caso, debe suspender los efectos del acto impugnado, salvo que comunicase al Juez la posibilidad de producirse, a raíz de ello, un daño grave e inminente para el interés u orden público y el magistrado lo relevase de aquella obligación.

Art. 84.- CONCILIACIÓN. El Juez puede citar a las partes a una instancia obligatoria de conciliación de los intereses en conflicto.

Art. 85.- SENTENCIA. Cuando se acoja el recurso, la sentencia indica claramente la conducta que debe observar el sujeto obligado y el plazo dentro del cual debe hacerlo.

Los mandatos judiciales deben ser cumplidos por los agentes públicos o los sujetos requeridos en el modo y plazo que se establezca, sin que valga contra ellos la excusa de obediencia debida ni alguna otra.

Incumplida la sentencia dentro del plazo fijado al efecto, el Juez adopta las medidas que proceden en derecho.

Art. 86.- COSTAS. Las costas se aplican en el orden causado salvo el caso de temeridad o grave negligencia por parte de alguno de los litigantes o propósito manifiestamente malicioso del vencido.

TÍTULO III

CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Art. 87.- DISPOSICIÓN GENERAL. ALCANCE. Los Tribunales y juzgados de la Provincia en el ejercicio de sus funciones, proceden aplicando la Constitución nacional y provincial y los tratados internacionales con garantía

constitucional relativos a derechos y garantías fundamentales, como ley suprema respecto a las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley emanadas de cualquier autoridad de la Provincia.

La declaración de inconstitucionalidad pronunciada por los Tribunales sólo tiene efectos específicos para la causa en que se entiende.

CAPÍTULO I
DE OFICIO

Art. 88.- DECLARACIÓN JUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO. El control de constitucionalidad debe ejercerse por la Justicia, aún sin petición de parte interesada, en aquellas causas llamadas a su conocimiento.

Los magistrados deben abstenerse de aplicar la ley, decreto u orden que so pretexto de reglamentación desvirtúe el ejercicio de las libertades y derechos reconocidos o prive a los ciudadanos de las garantías aseguradas por la Constitución Nacional y Provincial.

Cuando el magistrado interviniente estime que la norma que debe aplicar puede adolecer de alguna objeción constitucional, previa a la decisión, corre traslado a las partes por un plazo de diez días hábiles. El traslado sobre esta cuestión será corrido en cualquier estado de la causa y no implica prejuzgamiento. Se da intervención al Ministerio Público.

CAPÍTULO II
POR ACCIÓN

Artículo 89.- ACCIÓN DECLARATIVA. Puede deducirse acción tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad total o parcial de una norma legal o disposición normativas con fuerza de ley, provincial o municipal, o de reglamentos u ordenanzas provinciales o municipales, o actos administrativos, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la constitucionalidad de una relación jurídica, siempre que esta falta de certidumbre pueda producir un perjuicio o lesión al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

Art. 90.- PROCEDIMIENTO. La acción declarativa de inconstitucionalidad se ejercita conforme al siguiente procedimiento:

1. La demanda debe interponerse dentro del plazo de sesenta (60) días corridos a contar desde la publicación oficial de la norma cuestionada, la notificación o conocimiento del acto administrativo. La caducidad del plazo no impide la articulación de la cuestión constitucional por vía de excepción, si en atención a las circunstancias del caso, correspondiere.

2. Si lo cuestionado es una norma o acto administrativo provincial o municipal, debe darse traslado de la demanda a la Provincia, a la Municipalidad o al ente autárquico que los produjo según corresponda. En todos los casos se da intervención al Ministerio Público.

3. En caso que la norma o acto cuestionado proteja los intereses de alguna categoría de personas; el Tribunal para integrar la litis debe dar intervención a las entidades representativas de las mismas.

4. El trámite se sustancia de acuerdo a las disposiciones del proceso sumario previsto en el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial.

5. Si la sentencia resuelve que la norma o el acto en cuestión es inconstitucional, éste no es aplicable a la actora ni a los representados por la actora cuando ésta fuera una institución intermedia con personería jurídica cuyos estatutos contemplen tal representación.

El caso contencioso a que da lugar a una acción declarativa de inconstitucionalidad no se limita a las cuestiones de índole económica de interés privado del justiciable, sino que comprende la defensa por parte de cualquier persona o asociación de los intereses públicos que se encuentran protegidos explícita o implícitamente por el orden jurídico nacional y provincial o internacional aplicables en la Provincia.

CAPÍTULO III

POR APELACIÓN ANTE CORTE SUPREMA

Art. 91.- RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. SUPUESTOS. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia conocer de los recursos que se interpongan contra las sentencias definitivas dictadas en última instancia o los autos que tengan la virtualidad de poner fin a la acción o hacer imposible su continuación, de los Tribunales inferiores dictados en causa en que se hubiere controvertido la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos que estatuyen sobre materias regidas por la Constitución provincial, siempre que ello forme la materia principal de la discusión entre las partes, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente.

Art. 92.- PROCEDENCIA.

Una vez radicado un juicio ante los Tribunales provinciales es sentenciado y fenecido en dicha jurisdicción y, sólo puede apelarse a la Corte Suprema de Justicia por vía del recurso de inconstitucionalidad las resoluciones definitivas referidas en el artículo anterior en los casos siguientes:

1. Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución ha sido controvertida y, en especial, si media el cuestionamiento de un derecho fundamental protegido por aquélla.

2. Cuando la validez de una ley, decreto, norma con fuerza de ley o acto de una autoridad provincial se ha puesto en cuestión bajo la pretensión de ser contrario a la Constitución Provincial.

3. Cuando el pronunciamiento de la causa sea arbitrario porque se ha afectado la protección constitucional a la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos o al debido proceso legal.

La apelación sólo es concedida cuando resulte de los autos que la consideración de los agravios en que el recurso se fundamenta tiene trascendencia institucional o general que exceda el mero interés personal del apelante; y no se otorga cuando sean insustanciales.

De igual manera se procede con los recursos directos deducidos en caso de denegación del recurso de inconstitucionalidad, los que se rechazan de plano si de su texto no trasciende el alcance institucional o general de la decisión de los agravios en que la apelación se fundamenta.

Sin embargo, en los casos de objetiva gravedad institucional y siempre que medie alguna de las cuestiones constitucionales arriba previstas, la Corte Suprema puede admitir el recurso aunque no se cumplan sus demás recaudos, si así lo estima necesario para evitar la frustración del derecho invocado.

Art. 93.- FUNDAMENTACIÓN. Cuando se entable el recurso de inconstitucionalidad que autoriza el artículo anterior, debe deducirse el mismo con arreglo a lo allí prescripto, de tal modo que su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de las disposiciones de la Constitución Provincial.

Art. 94.- PROCEDIMIENTO. FORMA. PLAZOS. El recurso de inconstitucionalidad se interpone por escrito, fundado con arreglo a lo establecido por el artículo anterior, ante el Tribunal que dictó la resolución que lo motiva, dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la notificación.

De la presentación en que se deduce el recurso se da traslado por diez (10) días a las partes interesadas, notificándolas personalmente o por cédula. Contestado el traslado, o vencido el plazo para hacerlo, el Tribunal de la causa decide sobre la admisibilidad del recurso. Si lo concede, previa notificación

personal o por cédula de su decisión, debe elevar de inmediato las actuaciones a la Corte Suprema.

La parte que no ha constituido domicilio en la Capital queda notificada de las providencias de la Corte Suprema por ministerio de la ley.

Art. 95.- EFECTO. El recurso de inconstitucionalidad procede siempre con efecto suspensivo.

Art. 96.- EJECUCION DE SENTENCIA. Si la sentencia recurrida fuese confirmatoria de la dictada en primera instancia, concedido el recurso, el apelado puede solicitar la ejecución de aquélla, dando fianza de responder de lo que percibiese si el fallo fuera revocado por la Corte Suprema. Dicha fianza es calificada por la Cámara o Tribunal que ha concedido el recurso y queda cancelada, si la Corte Suprema lo declarase improcedente o confirmase la sentencia recurrida. La Provincia de Tucumán está exenta de la fianza a que se refiere esta disposición.

Art. 97.- AUTOS. La recepción de la causa por la Corte Suprema implica el llamamiento de autos. Dentro de los cinco (5) días de notificada la providencia de autos las partes podrán presentar una memoria sobre el recurso.

Art. 98.- SENTENCIA. La sentencia debe ser resuelta por el Tribunal íntegro por mayoría absoluta de votos de sus miembros. En caso contrario se integrará el Tribunal de conformidad a la forma establecida en la Ley Orgánica de Tribunales.

La sentencia se redacta en forma impersonal, sin perjuicio que los jueces disidentes con la opinión de la mayoría, emitan su voto por separado.

Una copia de la sentencia se agrega al expediente y el original de ella, se incorpora al libro respectivo.

Art. 99.- RESOLUCIÓN. Cuando la Corte Suprema revoque la sentencia apelada, hace una declaración sobre el punto disputado, y devuelve la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resuelve sobre el fondo, y aún puede ordenar la ejecución especialmente si la causa ha sido una vez devuelta por idéntica razón.

Art. 100.- QUEJA. Si el último Tribunal de la causa deniega el recurso, la parte que se considere agraviada puede recurrir directamente en queja ante la Corte Suprema, pidiendo que se le otorgue el recurso denegado y se ordene la remisión del expediente.

La presentación, debidamente fundada, debe efectuarse en el plazo de cinco (5) días, con la ampliación que corresponda por distancia.

Art. 101.- TRÁMITE. En la queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad ante la Corte no es obligatoria la presentación de copias junto con la interposición de la queja.

La Corte puede desestimar la queja sin más trámite, exigir la presentación de copias o, si considera necesario, la remisión del expediente.

Art. 102.- DEPÓSITO. Cuando se interponga recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia por denegación del recurso de inconstitucionalidad, debe depositarse a la orden de dicho Tribunal la suma de doscientos pesos ($ 200.-). El depósito se hace en un banco de depósitos judiciales.

No efectúan este depósito los que están exentos de pagar sellado o tasa judicial, conforme a las disposiciones legales respectivas.

Si se omite el depósito o se lo realiza en forma insuficiente se hace saber al recurrente que debe integrarlo en el término de cinco (5) días.

El auto que así lo ordene se notifica personalmente o por cédula.

Art. 103.- RESOLUCIÓN: Presentada la queja en forma, la Corte puede rechazar este recurso por falta de agravio constitucional suficiente o porque las cuestiones planteadas resulten insustanciales o carentes de trascendencia. Si la queja es declarada procedente y se revoca la sentencia, es de aplicación el artículo 99.

Mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspende el curso del proceso.

Art. 104.- DESTINO DEL DEPÓSITO. Si la queja es declarada admisible por la Corte, el depósito se devuelve al interesado. Si es desestimada, o se declara la caducidad de la instancia, el depósito se pierde. Las sumas que así se recaudan se destinan para la dotación de la Biblioteca de Tribunales.

Art. 105.- IMPUESTOS. La falta de pago del impuesto o sellado de justicia no impide de ningún modo la concesión o trámite del recurso.

Art. 106.- REGIMEN GENERAL APLICABLE. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por las causales de esta ley así como el recurso de queja por denegatoria del anterior, se sustancia por las normas pertinentes de esta ley, cualquiera sea la naturaleza de la causa en la cual se deduzca y la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios.

Art. 107.- PER SALTUM. Cuando excepcionalmente en un caso pendiente, la resolución recaída revista interés constitucional o gravedad institucional, la Corte Suprema de Justicia podrá prescindir de los requisitos de pro-

cedencia formal de los recursos respectivos a los efectos de un inmediato pronunciamiento si la solución no admite demora alguna.

TITULO IV
DISPOSICIONES FINALES

Art. 108.- DEROGACIONES. Deróganse las siguientes disposiciones legales:

1. La ley 6.230;

2. Los artículos 409, inciso 7, y 812 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de Tucumán (Ley 6.176);

3. Los artículos 483 y 484 del Código Procesal Penal de Tucumán (Ley 6.203);

4. Los artículos 103 inciso g, 117 inciso a, y 139 del Código de Procedimientos del Trabajo de Tucumán (Ley 6.204);

5. Los artículos 70 y 71 del Código Procesal Administrativo de Tucumán (Ley 6.205);

Art. 109.- Estas disposiciones se aplicarán a los juicios pendientes, con excepción de los trámites, diligencias y plazos que hayan tenido principio de ejecución o comenzado su curso, los cuales se regirán por las leyes anteriores.

Art. 110.- VIGENCIA. Esta ley rige a los sesenta días de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 111.- Comuníquese.

Dada en la Sala de Sesiones de la Honorable Legislatura de la Provincia de Tucumán, a los nueve días del mes de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

REGISTRADA BAJO EL N.º 6.944
PROMULGADA EL 2 DE MARZO DE 1999
PUBLICADA EL 8 DE MARZO DE 1999

Ley de la Jurisdicción Constitucional Costa Rica

Ley N.º 7135 de 11 de octubre de 1989

TÍTULO I

DISPOSICIONES PRELIMINARES

CAPÍTULO ÚNICO

Ley de la Jurisdicción Constitucional - Normas Básicas de Derecho

Artículo 1º- La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

Artículo 2º- Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:

a) Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.

b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.

c) Resolver los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, y los de competencia constitucional entre éstos y la Contraloría General de la República, las municipalidades, los entes descentralizados y las demás personas de Derecho Público.

ch) Conocer de los demás asuntos que la Constitución o la presente ley le atribuyan.

Artículo 3º- Se tendrá por infringida la Constitución Política cuando ello resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales.

Artículo 4º- La jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política.

La Sala Constitucional está formada por siete magistrados propietarios y doce suplentes, todos elegidos por la Asamblea Legislativa en la forma prevista por la Constitución. Su régimen orgánico y disciplinario es el que se establece en la presente y en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Sala Constitucional no está sometida al plan de vacaciones establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en consecuencia, fijará las fechas en que sus miembros tomarán vacaciones, de manera que haya siempre una mayoría de magistrados propietarios.

Si la ausencia de propietarios fuere por licencia, se aplicará la regla anterior, excepto en los casos de enfermedad o de otro motivo justo.

Artículo 5º- La Sala Constitucional regulará la forma de recibir y tramitar los recursos de hábeas corpus y de amparo, si se interpusieren después de las horas ordinarias de trabajo o en días feriados o de asueto, para cuyos efectos habrá siempre un magistrado de turno, quien les dará el curso inicial.

Artículo 6º- En caso de impedimento, recusación o excusa, el Presidente de la Sala, oído el parecer del magistrado en cuestión, dispondrá su reemplazo, sin más trámite y sin que por ningún motivo se suspenda o interrumpa el curso del procedimiento.

Artículo 7º- Le corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional resolver sobre su propia competencia, así como conocer de las cuestiones incidentales que surjan ante ella y de las prejudiciales conexas.

Artículo 8º- Una vez requerida legalmente su intervención, la Sala Constitucional deberá actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el procedimiento.

Los plazos establecidos por esta ley no podrán prorrogarse por ningún motivo. Cualquier retardo en su cumplimiento será sancionado disciplinariamente, sin perjuicio de la acción por responsabilidad del funcionario.

Los términos para las actuaciones y resoluciones judiciales se contarán a partir del recibo de la gestión que las motive, y, para las actividades de las partes desde la notificación de la resolución que las cause. Ni unos ni otros

se interrumpirán o suspenderán por ningún incidente, ni por ninguna actuación que no esté preceptuada expresamente por la ley.

En materia de hábeas corpus los plazos por días son naturales.

Artículo 9º- La Sala Constitucional rechazará de plano cualquier gestión manifiestamente improcedente o infundada.

Podrá también rechazarla por el fondo en cualquier momento, incluso desde su presentación, cuando considere que existen elementos de juicio suficientes, o que se trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada; en este caso siempre que no encontrare motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión.

Asimismo, podrá acogerla interlocutoriamente cuando considere suficiente fundarla en principios o normas evidentes o en sus propios precedentes o jurisprudencia, pero si se tratare de recursos de hábeas corpus o de amparo deberá esperar la defensa del demandado.

Artículo 10.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, la Sala dispondrá que los trámites se realicen, en lo posible, en forma oral, y ordenará una comparecencia oral para que los interesados formulen conclusiones antes de la sentencia, necesariamente en las acciones de inconstitucionalidad, y facultativamente en los demás casos.

Artículo 11.- A la Sala en pleno le corresponde dictar las sentencias y los autos con carácter de tales, que deberán ser motivados. Las demás resoluciones le corresponden al Presidente o, en su caso, al magistrado designado para la instrucción.

No habrá recurso contra las sentencias, autos o providencias de la jurisdicción constitucional.

Artículo 12.- Las sentencias que dicte la Sala podrán ser aclaradas o adicionadas, a petición de parte, si se solicitare dentro de tercero día, y de oficio en cualquier tiempo, incluso en los procedimientos de ejecución, en la medida en que sea necesario para dar cabal cumplimiento al contenido del fallo.

Artículo 13.- La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma.

Artículo 14.- La Sala Constitucional y su jurisdicción estarán sometidas únicamente a la Constitución y a la ley. A falta de disposición expresa, se aplicarán los principios del Derecho Constitucional, así como los del Derecho Público y Procesal generales, o, en su caso, los del Derecho Internacional o Comunitario, y, además, por su orden, la Ley General de la Administración

Pública, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y los Códigos Procesales.

TÍTULO II
DEL RECURSO DE HÁBEAS CORPUS

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 15.- Procede el hábeas corpus para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República, y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio.

Artículo 16.- Cuando en el hábeas corpus se alegaren otras violaciones que tengan relación con la libertad personal, en cualquiera de sus formas, y los hechos fueren conexos con el acto atribuido como ilegítimo, por constituir su causa o finalidad, en esta vía se resolverá también sobre esas violaciones.

Artículo 17.- El recurso se interpondrá ante la Sala Constitucional, y su tramitación estará a cargo de su Presidente o del Magistrado instructor. Si se tratare de un caso de improcedencia manifiesta, el Magistrado se abstendrá de tramitarlo y reservará el asunto para la próxima sesión de la Sala.

Artículo 18.- Podrá interponer el recurso de hábeas corpus cualquier persona, en memorial, telegrama u otro medio de comunicación escrito, sin necesidad de autenticación.

Cuando se utilice la vía telegráfica se gozará de franquicia.

Artículo 19.- La sustanciación del recurso se hará sin pérdida de tiempo, posponiendo cualquier asunto de distinta naturaleza que tuviere el Tribunal.

El Magistrado instructor pedirá informe a la autoridad que se indique como infractora, informe que deberá rendirse dentro del plazo que él determine y que no podrá exceder de tres días. Al mismo tiempo ordenará no ejecutar, respecto del ofendido, acto alguno que pudiere dar como resultado el incumplimiento de lo que en definitiva resuelva la Sala.

De ignorarse la identidad de la autoridad, el recurso se tendrá por establecido contra el jerarca.

Artículo 20.- Cuando se trate de personas que han sido detenidas y puestas a la orden de alguna autoridad judicial, sin que se haya dictado auto que

restrinja la libertad, el Magistrado instructor podrá suspender, hasta por cuarenta y ocho horas, la tramitación del recurso. En el mismo acto prevendrá a la autoridad judicial que practique las diligencias que correspondan e informe sobre el resultado de los procedimientos y si ha ordenado la detención.

Cualquier restricción a la libertad física, ordenada por autoridad competente, que exceda los plazos señalados por los artículos 37 y 44 de la Constitución Política, deberá imponerse mediante resolución debidamente fundamentada, salvo si se tratare de simples órdenes de presentación o de aprehensión.

Artículo 21.- La Sala puede pedir los antecedentes para resolver el recurso.

También podrá ordenar la comparecencia del ofendido o practicar una inspección cuando lo considere necesario, de acuerdo con las circunstancias, ya sea antes de pronunciarse sobre el hábeas corpus o para efectos de ejecución, si lo considerare procedente, lo haya declarado con o sin lugar.

En cualquier momento se podrán ordenar medidas provisionales de protección de los señalados derechos.

Las órdenes correspondientes se comunicarán a la autoridad encargada de ejecutarlas.

Artículo 22.- El informe a que se refiere el artículo 19 se remitirá a la Sala junto con copia de la orden de detención y de la resolución, en su caso, o de cualquiera otra que se hubiere dictado, así como de una explicación clara de las razones y preceptos legales en que se funde, y de la prueba que exista contra el perjudicado.

Artículo 23.- Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se podrán tener por ciertos los hechos invocados al interponerlo, y la Sala declarará con lugar el recurso, si procediere en derecho.

Artículo 24.- Vencido el plazo establecido en el artículo 19 o, en su caso, celebrada la audiencia oral prevista en el artículo 10, la Sala deberá resolver el recurso dentro de los cinco días siguientes, excepto cuando estimare que debe realizar alguna diligencia probatoria, en cuyo caso el término correrá a partir del recibo de la prueba.

Al resolver, la Sala examinará, entre otros aspectos, los siguientes:

a) Si la autoridad tenía competencia para dictar la restricción de la libertad o la medida impuesta.

b) Si la detención se ordenó ilegítimamente o contra lo dispuesto en el artículo 37 de la Constitución Política.

c) Si existe auto de detención o prisión preventiva legalmente decretada, o si la pena que se está descontando es la impuesta por sentencia firme.

ch) Si, en caso de estar suspendidas las garantías constitucionales, la resolución se dictó dentro de las limitaciones de la Constitución Política, y de las razonablemente derivadas de la misma declaratoria.

d) Si por algún motivo fuere indebida la privación de la libertad o la medida impuesta.

e) Si efectivamente hubo o existe amenaza de violación de los derechos protegidos por el recurso.

f) Si la persona hubiere sido ilegítimamente incomunicada, o si la incomunicación legalmente decretada se mantiene por un plazo mayor al autorizado en el artículo 44 de la Constitución Política.

g) Si la detención, prisión o medida acordada se cumple en condiciones legalmente prohibidas.

h) Si el hecho que se le imputa está o no previsto por ley preexistente.

Artículo 25.- Si del examen practicado resultare ilegítima la medida acordada por las autoridades, la Sala declarará con lugar el recurso, sin perjuicio de lo que proceda contra la autoridad responsable.

Artículo 26.- La sentencia que declare con lugar el hábeas corpus dejará sin efecto las medidas impugnadas en el recurso, ordenará restablecer al ofendido en el pleno goce de su derecho o libertad que le hubieren sido conculcados, y establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

Además, condenará a la autoridad responsable a la indemnización de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán y ejecutarán en la vía contencioso administrativa por el procedimiento de ejecución de sentencia previsto en la ley reguladora de esa jurisdicción.

Artículo 27.- Las resoluciones que se dicten se notificarán a los interesados cuando hubieren señalado casa u oficina dónde atender notificaciones.

Además, la resolución que decida el recurso deberá notificarse personalmente al perjudicado, para lo cual las autoridades correspondientes le brindarán todas las facilidades al notificador. Sin embargo, no será preciso notificarle al perjudicado la resolución que declare con lugar el recurso, si en el momento en que debe practicarse el acto ya hubiere sido puesto en libertad o existiere imposibilidad material para hacerlo. El notificador dejará constancia en el expediente de la información recabada durante la diligencia.

Artículo 28.- Cuando la Sala apreciare, al decidir el asunto, que no se trata de un caso de hábeas corpus sino de amparo, lo declarará así, y continuará la tramitación conforme con lo reglado en los artículos 29 y siguientes de la presente ley.

La Sala podrá concederle un término de tres días al interesado, a fin de que convierta el recurso. Si no lo hiciere, se resolverá el asunto.

Cuando la Sala considere que las actuaciones u omisiones impugnadas están razonablemente fundadas en normas vigentes, se procederá en la forma prevista en el artículo 48.

TÍTULO III

DEL RECURSO DE AMPARO

CAPÍTULO I

Del amparo contra órganos o servidores públicos

Artículo 29.- El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esta Ley, salvo los protegidos por el de hábeas corpus.

Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos.

El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.

Artículo 30.- No procede el amparo:

a) Contra las leyes u otras disposiciones normativas, salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquellas, o cuando se trate de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado.

b) Contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial.

c) Contra los actos que realicen las autoridades administrativas al ejecutar resoluciones judiciales, siempre que esos actos se efectúen con sujeción a lo que fue encomendado por la respectiva autoridad judicial.

ch) Cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada.

d) Contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral.

Artículo 31.- No será necesaria la reposición ni ningún otro recurso administrativo para interponer el recurso de amparo. Cuando el afectado opta-

re por ejercitar los recursos administrativos que conceda el ordenamiento, se suspenderá el plazo de prescripción mientras la Administración no resuelva expresamente, sin perjuicio de que se ejerza directamente en cualquier momento.

Artículo 32.- Cuando el amparo se refiera al derecho de petición y de obtener pronta resolución, establecido en el artículo 27 de la Constitución Política, y no hubiere plazo señalado para contestar, se entenderá que la violación se produce una vez transcurridos diez días hábiles desde la fecha en que fue presentada la solicitud en la oficina administrativa, sin perjuicio de que, en la decisión del recurso, se aprecien las razones que se aduzcan para considerar insuficiente ese plazo, atendidas las circunstancias y la índole del asunto.

Artículo 33.- Cualquier persona podrá interponer el recurso de amparo.

Artículo 34.- El recurso se dirigirá contra el servidor o el titular del órgano que aparezca como presunto autor del agravio. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, se tendrá por establecido el amparo contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en sentencia. De ignorarse la identidad del servidor, el recurso se tendrá por establecido contra el jerarca.

Se tendrá también como parte al tercero que derivare derechos subjetivos de la norma o del acto que cause el proceso de amparo.

Además, quien tuviere un interés legítimo en el resultado del recurso podrá apersonarse e intervenir en él como coadyuvante del actor o del demandado.

Artículo 35.- El recurso de amparo podrá interponerse en cualquier tiempo mientras subsista la violación, amenaza, perturbación o restricción, y hasta dos meses después de que hayan cesado totalmente sus efectos directos respecto del perjudicado.

Sin embargo, cuando se trate de derechos puramente patrimoniales u otros cuya violación pueda ser válidamente consentida, el recurso deberá interponerse dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el perjudicado tuvo noticia fehaciente de la violación y estuvo en posibilidad legal de interponer el recurso.

Artículo 36.- La prescripción del amparo, por no haberse interpuesto en tiempo, no será obstáculo para impugnar el acto o la actuación en otra vía, si fuere posible hacerlo conforme con la ley.

Artículo 37.- La falta de impugnación directa de los decretos y disposiciones generales a que se refiere el inciso a) del artículo 30, o el transcurso

del plazo para formularla, no impedirán que los actos de aplicación individual puedan discutirse en la vía del amparo, si infringieren algún derecho fundamental del reclamante.

Artículo 38.- En el recurso de amparo se expresará, con la mayor claridad posible, el hecho o la omisión que lo motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre del servidor público o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y las pruebas de cargo.

No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho lesionado, salvo que se invoque un instrumento internacional.

El recurso no está sujeto a otras formalidades ni requerirá autenticación. Podrá plantearse por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia telegráfica.

Artículo 39.- La tramitación del recurso estará a cargo del Presidente de la Sala o del magistrado a quien éste designe, en turno riguroso, y se sustanciará en forma privilegiada, para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de hábeas corpus.

Los plazos son perentorios e improrrogables, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 47.

Artículo 40.- Las resoluciones que se dicten en el recurso de amparo sólo se notificarán a las partes que hubieren señalado casa u oficina para oír notificaciones.

Artículo 41.- La interposición del amparo no suspenderá los efectos de leyes u otras disposiciones normativas cuestionadas, pero sí la aplicación de aquellas al recurrente, así como la de los actos concretos impugnados.

Sin embargo, en casos de excepcional gravedad la Sala podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, a solicitud de la Administración de la que dependa el funcionario u órgano demandado, o aun de oficio, cuando la suspensión cause o amenace causar daños o perjuicios ciertos e inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado, mediante las cautelas que considere procedentes para proteger los derechos o libertades de este último y no hacer ilusorio el efecto de una eventual resolución del recurso a su favor.

La suspensión operará de pleno derecho, y se notificará sin demora al órgano o servidor contra quien se dirige el amparo, por la vía más expedita posible.

De igual modo, el Presidente o el Magistrado instructor podrán dictar cualquier medida de conservación o seguridad que la prudencia aconseje, para

prevenir riesgos materiales o evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo conforme con las circunstancias del caso.

La Sala podrá, por resolución fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que se hubieren dictado.

Artículo 42.- Si el recurso fuere oscuro, de manera que no pudiere establecerse el hecho que lo motiva, o no llenare los requisitos indicados, se prevendrá al recurrente que corrija los defectos dentro de tercero día, los cuales deberán señalarse concretamente en la misma resolución. Si no los corrigiere, el recurso será rechazado de plano.

Artículo 43.- Cuando no fuere del caso rechazar de plano o resolver interlocutoriamente el recurso, se le pedirá informe al órgano o al servidor que se indique como autor del agravio, amenaza u omisión, lo que se hará por el medio escrito más rápido posible.

Al ordenarse el informe, se podrá también pedir el expediente administrativo o la documentación en que consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas piezas al tribunal acarreará responsabilidad por desobediencia.

Si el recurso se dirigiere contra un órgano colegiado, el informe y las piezas se pedirán a su Presidente; si se tratare del Poder Ejecutivo o de un Ministerio, al Ministro respectivo, y si se tratare del Consejo de Gobierno, al Ministro de la Presidencia.

Artículo 44.- El plazo para informar será de uno a tres días, que se fijará según sean la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.

Los informes se considerarán dados bajo juramento. Por consiguiente, cualquier inexactitud o falsedad hará incurrir al funcionario en las penas del perjurio o del falso testimonio, según la naturaleza de los hechos contenidos en el informe.

Artículo 45.- Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver el amparo sin más trámite, salvo que el tribunal estime necesaria alguna averiguación previa, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra el servidor omiso en el informe.

Artículo 46.- Si del informeresultare que es cierto el cargo, se declarará con lugar el amparo, si procediere conforme a derecho.

Si fuere negativo, podrá ordenarse de inmediato una información, que deberá concluirse dentro de tres días con recepción de las pruebas que sean

indispensables y, en su caso, se oirá en forma verbal al recurrente y al ofendido, si éste fuere persona distinta de aquél, lo mismo que al servidor o representante, de todo lo cual se levantará el acta correspondiente.

Artículo 47.- Antes de dictar sentencia, para mejor proveer, la Sala podrá ordenar la práctica de cualquier otra diligencia.

Artículo 48.- En cualquier momento en que la Sala considere que las actuaciones u omisiones impugnadas están razonablemente fundadas en normas vigentes, hayan sido éstas atacadas o no también como violatorias de los derechos o libertades reclamados, así lo declarará en resolución fundada, y suspenderá la tramitación y le otorgará al recurrente un término de quince días hábiles para que formalice la acción de inconstitucionalidad contra aquéllas. Si no lo hiciere, se archivará el expediente.

Cuando el amparo se interponga directamente contra las normas a que se refiere el inciso a) del artículo 30, el Presidente de la Sala suspenderá, sin más trámite, el recurso, y procederá en la forma prevista en el párrafo primero de este artículo.

Artículo 49.- Cuando el acto impugnado sea de carácter positivo, la sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir o garantizar al agraviado en el pleno goce de su derecho, y restablecer las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando fuere posible.

Si el amparo hubiere sido establecido para que una autoridad reglamente, cumpla o ejecute lo que una ley u otra disposición normativa ordena, dicha autoridad tendrá dos meses para cumplir con la prevención.

Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, la sentencia ordenará realizarlo, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción semejante.

En todo caso, la Sala establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

Artículo 50.- Si al declararse con lugar el amparo hubieren cesado los efectos del acto reclamado, o éste se hubiere consumado en forma que no sea posible restablecer al recurrente en el goce de su derecho o libertad conculcada, en la sentencia se prevendrá al órgano o servidor que no deberá incurrir en los actos u omisiones que dieron mérito para acoger el recurso, y que, si procediere de modo contrario, cometerá el delito previsto y penado en el artículo 71 de esta ley, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido.

Artículo 51.- Además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, toda resolución que acoja el recurso condenará en abstracto a la indemnización de los daños y perjuicios causados y al pago de las costas del recurso, y se reservará su liquidación para la ejecución de sentencia.

La condenatoria será contra el Estado o, en su caso, la entidad de que dependa el demandado, y solidariamente contra éste, si se considerara que ha mediado dolo o culpa de su parte, en los términos del artículo 199 de la Ley General de la Administración Pública, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido.

Si el amparo fuere desistido por el recurrente, rechazado o denegado por la Sala, ésta lo condenará al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad.

Artículo 52.- Si, estando en curso el amparo, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará con lugar el recurso únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes.

El recurrente podrá desistir del amparo, en cuyo caso se archivará el expediente si, a juicio de la Sala Constitucional, el recurso involucrare solamente derechos patrimoniales u otros renunciables. De lo contrario, continuará su tramitación.

Cuando el desistimiento se funde en una satisfacción extraprocesal de los derechos o libertades reclamados por el interesado, el expediente podrá reabrirse en cualquier tiempo, si se demuestra que la satisfacción acordada ha resultado incumplida o tardía.

Artículo 53.- Firme la sentencia que declare procedente el amparo, el órgano o servidor responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su firmeza, la Sala se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél.

Al mismo tiempo, mandará abrir proceso contra el culpable o los culpables, y, pasadas otras cuarenta y ocho horas, contra el superior que no hubiere procedido conforme con lo expuesto, salvo cuando se trate de funcionarios que gocen de fuero privilegiado, en cuyo caso se comunicará al Ministerio Público para lo que proceda.

Artículo 54.- El cumplimiento de la sentencia que se dicte en el amparo no impedirá que se proceda contra el servidor, si los hechos u omisiones en

que incurrió constituyeren delito, a cuyo efecto se testimoniarán las piezas necesarias y se remitirán al Ministerio Público.

Artículo 55.- El rechazo del recurso de amparo no prejuzga sobre las responsabilidades en que haya podido incurrir el autor del agravio. El ofendido o la Administración, en su caso, podrán promover o ejercitar la acciones que correspondan, o aplicar las medidas pertinentes.

Artículo 56.- La ejecución de las sentencias corresponde a la Sala Constitucional, salvo en lo relativo a la liquidación y cumplimiento de indemnizaciones y responsabilidades pecuniarias, o en otros aspectos que la propia Sala considere del caso, en que se hará en la vía contencioso administrativa por el procedimiento de ejecución de sentencia previsto en la ley reguladora de esa jurisdicción.

CAPÍTULO II

Del amparo contra sujetos de derecho privado

Artículo 57.- El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a), de esta Ley.

La resolución que rechace el recurso deberá indicar el procedimiento idóneo para tutelar el derecho lesionado.

No se podrán acoger en sentencia recursos de amparo contra conductas legítimas del sujeto privado.

Artículo 58.- Cualquier persona podrá interponer el recurso.

Artículo 59.- El recurso se dirigirá contra el presunto autor del agravio, si se tratare de persona física en su condición individual; si se tratare de una persona jurídica, contra su representante legal; y si lo fuere de una empresa, grupo o colectividad organizados, contra su personero aparente o el responsable individual.

Artículo 60.- El recurso será inadmisible si no se interpusiere dentro del plazo señalado en el artículo 35 de la presente Ley.

Artículo 61.- Cuando no corresponda rechazar de plano el recurso, se dará traslado a la persona o entidad que se indique como autora del agravio, amenaza u omisión, por un plazo de tres días, para lo cual se hará uso de la

vía escrita más rápida posible. Ese plazo podrá aumentarse si resultare insuficiente por razón de la distancia.

La notificación del traslado se practicará o comunicará en el lugar de trabajo, o en la casa de habitación del presunto autor del agravio, si se tratare de personas físicas. Si fuere una persona jurídica o una empresa, grupo o colectividad organizados, se hará al representante o personero en su casa de habitación, o en la sede de la sociedad, asociación, empresa o corporación.

Artículo 62.- La sentencia que conceda el amparo declarará ilegítima la acción u omisión que dio lugar al recurso, y ordenará que se cumpla lo que dispone la respectiva norma, según corresponda en cada caso, dentro del término que el propio fallo señale, y condenará a la persona o entidad responsable a la indemnización de los daños y perjuicios causados y al pago de las costas.

Si el acto fuere de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar al responsable a que actúe en el sentido de respetar el derecho de que se trate, con aplicación en lo demás de lo dispuesto en el párrafo anterior.

La liquidación de los daños y perjuicios y de las costas se reservará a la vía civil de ejecución de sentencia.

Artículo 63.- Si al declararse con lugar el amparo hubieren cesado los efectos del acto reclamado, o éste se hubiere consumado en forma que no sea posible restablecer al perjudicado en el goce de su derecho, la sentencia prevendrá al agraviante que no debe incurrir en actos u omisiones iguales o semejantes a los que dieron mérito para acoger el recurso, y lo condenará en abstracto a la indemnización de los daños y perjuicios causados y al pago de las costas, con aplicación de lo dispuesto en el artículo anterior. Todo ello sin perjuicio de las otras responsabilidades civiles o penales que correspondan.

Artículo 64.- El rechazo del amparo contra sujetos de Derecho Privado no prejuzga sobre la responsabilidad civil o penal en que haya podido incurrir el autor del agravio, y el ofendido podrá ejercitar o promover las acciones respectivas.

Artículo 65.- En lo no previsto en este capítulo o en el siguiente, se aplicarán las disposiciones y principios establecidos en el capítulo anterior, en lo que fueren compatibles.

CAPITULO III

Del derecho de rectificación o respuesta

Artículo 66.- El recurso de amparo garantiza el derecho de rectificación o respuesta que se deriva de los artículos 29 de la Constitución Política y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a toda persona afec-

tada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, por medios de difusión que se dirijan al público en general, y, consecuentemente, para efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establece esta Ley.

En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirá de otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

Artículo 67.- Cuando los ofendidos fueren una o más personas físicas directamente aludidas, el derecho podrá ser ejercido por cualquiera de ellas, pero, si lo hicieren varias, la extensión de cada rectificación o respuesta se reducirá a proporciones razonables que garanticen el debido equilibrio con la publicación o difusión que la cause.

Si la inexactitud o el agravio fuere sólo indirecto o hubiere sido inferido a un grupo o colectividad, el derecho lo tendrá la persona o grupo de personas cuya rectificación o respuesta proteja más claramente la honra o reputación de todos los ofendidos y, en condiciones semejantes, la que se haya presentado antes, todo ello a juicio del medio de comunicación o, en su caso, de la Sala Constitucional.

No obstante, cuando el ofendido pudiere identificarse con un grupo o colectividad organizados, o sus miembros en general, el derecho deberá ser ejercido por su personero o personeros autorizados una única vez, y, en el caso de una persona jurídica, por su representante legal. Si la inexactitud o el agravio afectare a más de un grupo, colectividad o persona jurídica, se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior.

Artículo 68.- Las responsabilidades que se deriven de la rectificación o respuesta recaerán exclusivamente sobre sus autores y no sobre el medio de comunicación o sus personeros, con excepción de hechos nuevos que no se refieran a la materia de la rectificación o respuesta. La que fuere ordenada por la Sala Constitucional eximirá a unos y otros de responsabilidad, salvo la que en la misma sentencia de amparo se imponga a los segundos por su negativa injustificada a publicarla.

Artículo 69.- El derecho de rectificación o respuesta se ejercerá de conformidad con las siguientes reglas y, en su defecto, por las restantes del presente título:

a) El interesado deberá formular la correspondiente solicitud, por escrito, al dueño o director del órgano de comunicación, dentro de los cinco días naturales posteriores a la publicación o difusión que se propone rectificar o contestar, y se acompañará el texto de su rectificación o respuesta redactada, en la forma más concisa posible y sin referirse a cuestiones ajenas a ella.

b) La rectificación o respuesta deberá publicarse o difundirse y destacarse en condiciones equivalentes a las de la publicación o difusión que la motiva, dentro de los tres días siguientes, si se tratare de órganos de edición o difusión diaria, en los demás casos en la próxima edición o difusión materialmente posible que se hiciere después de ese plazo.

c) El órgano de comunicación podrá negarse a publicar o difundir los comentarios, afirmaciones o apreciaciones que excedan de sus límites razonables, o en lo que no tengan relación directa con la publicación o difusión.

ch) La Sala Constitucional, previa audiencia conferida por veinticuatro horas al órgano de comunicación, resolverá el recurso sin más trámite dentro de los tres días siguientes.

d) Si se declarare procedente el recurso, en la misma sentencia se aprobará el texto de la publicación o difusión, se ordenará hacerla en un plazo igual al previsto en el inciso b) , y se determinarán la forma y condiciones en qué debe hacerse.

Artículo 70.- Las resoluciones que se dicten en virtud del presente capítulo serán ejecutorias, y se harán efectivas en la vía civil por el procedimiento ejecutorio de sentencia establecido en el Código Procesal Civil.

CAPITULO IV

De las sanciones

Artículo 71.- Se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo o de hábeas corpus, y no la cumpliere o no la hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado.

Artículo 72.- Se impondrá prisión de seis meses a tres años, o de sesenta a ciento veinte días multa, a quien diere lugar a que se acoja un nuevo recurso de amparo o de hábeas corpus, por repetirse en daño de las mismas personas las acciones, omisiones o amenazas que fueron base de un amparo anterior declarado procedente.

TÍTULO IV
DE LAS CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

CAPÍTULO I

De la acción de inconstitucionalidad

Artículo 73.- Cabrá la acción de inconstitucionalidad:

a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.

b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo.

c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.

ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.

d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7º, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional.

e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia.

f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.

Artículo 74.- No cabrá la acción de inconstitucionalidad contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, ni contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones relativos al ejercicio de la función electoral.

Artículo 75.- Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía ad-

ministrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado.

No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto.

Tampoco la necesitarán el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes.

En los casos de los dos párrafos anteriores, interpuesta la acción se seguirán los trámites señalados en los artículos siguientes, en lo que fueren compatibles.

Artículo 76.- Quien hubiere establecido la acción de inconstitucionalidad no podrá plantear otras relacionadas con el mismo juicio o procedimiento, aunque las funde en motivos diferentes; y la que se interponga en esas condiciones será rechazada de plano.

Artículo 77.- El derecho a pedir la declaración de inconstitucionalidad en casos determinados, se extingue por caducidad cuando ese derecho no se ejercite antes de que el respectivo proceso judicial quede resuelto por sentencia firme.

Artículo 78.- El escrito en que se interponga la acción deberá presentarse debidamente autenticado.

Se expondrán sus fundamentos en forma clara y precisa, con cita concreta de las normas o principios que se consideren infringidos.

Artículo 79.- El escrito será presentado ante la Secretaría de la Sala, junto con certificación literal del libelo en que se haya invocado la inconstitucionalidad en el asunto principal, conforme con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 75.

Además, con todo escrito o documento se acompañarán siete copias firmadas para los magistrados de la Sala, y las necesarias para la Procuraduría y las partes contrarias en el proceso o procedimiento principal.

Artículo 80.- Si no se llenaren las formalidades a que se refieren los dos artículos anteriores, el Presidente de la Sala señalará por resolución cuáles son los requisitos omitidos y ordenará cumplirlos dentro de tercero día.

Si no se diere cumplimiento a lo ordenado, el Presidente denegará el trámite de la acción. De esta última resolución podrá pedirse revocatoria dentro de tercero día, en cuyo caso el Presidente elevará el asunto a conocimiento de la Sala para que ésta decida lo que corresponda.

Artículo 81.- Si el Presidente considerara cumplidos los requisitos de que se ha hecho mérito, conferirá audiencia a la Procuraduría General de la Re-

pública y a la contraparte que figure en el asunto principal, por un plazo de quince días, a fin de que manifiesten lo que estimen conveniente.

Al mismo tiempo dispondrá enviar nota al tribunal u órgano que conozca del asunto, para que no dicte la resolución final antes de que la Sala se haya pronunciado sobre la acción, y ordenará que publique un aviso en el Boletín Judicial, por tres veces consecutivas, haciendo saber a los tribunales y a los órganos que agotan la vía administrativa que esa demanda ha sido establecida, a efecto de que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de la ley, decreto, disposición, acuerdo o resolución, tampoco se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho el pronunciamiento del caso.

Si la acción fuere planteada por el Procurador General de la República, la audiencia se le dará a la persona que figure como parte contraria en el asunto principal.

Artículo 82.- En los procesos en trámite no se suspenderá ninguna etapa diferente a la de dictar la resolución final, salvo que la acción de inconstitucionalidad se refiera a normas que deban aplicarse durante la tramitación.

Artículo 83.- En los quince días posteriores a la primera publicación del aviso a que alude el párrafo segundo del artículo 81, las partes que figuren en los asuntos pendientes a la fecha de la interposición de la acción, o aquellos con interés legítimo, podrán apersonarse dentro de ésta, a fin de coadyuvar en las alegaciones que pudieren justificar su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interesa.

Artículo 84.- Si después de la acción y antes de la publicación del aviso respectivo se presentaren otras acciones de inconstitucionalidad contra la misma ley, decreto, disposición, acuerdo o resolución, esas acciones se acumularán a la primera y se tendrán como ampliación.

También se acumularán las acciones que con ese carácter interpongan las partes de los juicios suspendidos, si fueren presentadas dentro de los quince días posteriores a la primera publicación del aviso.

Las acciones que se planteen después de ese plazo se dejarán en suspenso, mientras se resuelven las que hubieren sido presentadas anteriormente.

Artículo 85.- Una vez vencido el plazo, se convocará a la audiencia oral prevista por el artículo 10, a fin de que el actor, las otras partes apersonadas y la Procuraduría General de la República presenten sus conclusiones.

Artículo 86.- La Sala debe resolver la acción de inconstitucionalidad dentro de un término máximo de un mes, a partir de la fecha en que concluya la vista. El Presidente señalará, en cada caso, el término respectivo, de acuerdo con la índole y complejidad del asunto.

Artículo 87.- Las resoluciones que denieguen la acción deberán examinar todos los motivos de inconstitucionalidad que se hubieren alegado para fundamentarla.

Unicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada. La acción de inconstitucionalidad podrá ejercerse contra normas o actos previamente declarados constitucionales y en casos o procesos distintos.

Artículo 88.- Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad y pronuncien la anulación consecuente de la norma o los actos impugnados, producirán cosa juzgada y eliminarán la norma o acto del ordenamiento.

Esa eliminación regirá a partir de la primera vez que se publique el aviso a que se refiere el artículo 90, lo cual se hará constar en él.

Artículo 89.- La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma de ley o disposición general, declarará también la de los demás preceptos de ella, o de cualquier otra ley o disposición cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia, así como la de los actos de aplicación cuestionados.

Artículo 90.- Cualquiera que sea la forma en que se dicte el fallo, se notificará siempre al Procurador General, al recurrente y a las partes que se hubieren apersonado. Además, la Secretaría de la Sala lo comunicará por nota a los funcionarios que conozcan del asunto principal y de los de las demás partes apersonadas, para que lo hagan constar en los autos, y publicará por tres veces consecutivas un aviso en el Boletín Judicial, en igual sentido.

La declaración de inconstitucionalidad se comunicará además al Poder o Poderes, órganos o entidades que emitieron las normas o actos declarados, así como, en su caso, a los competentes para su corrección o conversión; además, deberá publicarse íntegramente en el Boletín Judicial, y reseñarse en el Diario Oficial «La Gaceta» y en las publicaciones oficiales de los textos a que pertenecían la norma o normas anuladas.

Artículo 91.- La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe.

La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.

Artículo 92.- La sentencia constitucional anulatoria tendrá efecto retroactivo, en todo caso, en favor del indiciado o condenado, en virtud de proceso penal o procedimiento sancionatorio.

Artículo 93.- La disposición contenida en el artículo 91 no se aplicará respecto de aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieren consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación en los hechos, cuando éstos fueren material o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe; todo lo anterior sin perjuicio de las potestades de la Sala, de conformidad con dicho artículo.

Artículo 94.- Los efectos patrimoniales continuos de la cosa juzgada se ajustarán, sin retroacción, a la sentencia constitucional anulatoria, a partir de su eficacia.

Artículo 95.- Lo dispuesto en los artículos anteriores no impedirá la eliminación, por nulidad absoluta, de los actos administrativos, conforme con la Ley General de la Administración Pública.

CAPÍTULO II

De la consulta de constitucionalidad

Artículo 96.- Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos:

a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente Ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.

b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados.

c) Cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si se tratara de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional.

ch) Cuando lo solicite el Defensor de los Habitantes, por considerar que infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.

Artículo 97.- En los casos del inciso a) del artículo anterior, la consulta la hará el Directorio de la Asamblea Legislativa. En los demás casos, los diputados o el órgano legitimado para hacerla.

Artículo 98.- Cuando se trate de reformas constitucionales, la consulta deberá hacerse después de su aprobación en primer debate, en primera legislatura, y antes de la definitiva. Cuando se trate de otros proyectos o actos legislativos sujetos al trámite de emisión de las leyes, deberá interponerse después de aprobados en primer debate y antes de serlo en tercero.

No obstante, cuando la Asamblea Legislativa tuviere un plazo constitucional o reglamentario para votar el proyecto, la consulta deberá hacerse con la anticipación debida, y el proyecto se votará aunque no se haya recibido el criterio de la Sala.

En los demás supuestos, la consulta deberá plantearse antes de la aprobación definitiva.

Artículo 99.- Salvo que se trate de la consulta forzosa prevista en el inciso a) del artículo 96, la consulta deberá formularse en memorial razonado, con expresión de los aspectos cuestionados del proyecto, así como de los motivos por los cuales se tuvieren dudas u objeciones sobre su constitucionalidad.

Artículo 100.- Recibida la consulta, la Sala lo comunicará a la Asamblea Legislativa y solicitará la remisión del respectivo expediente y sus antecedentes, de ser posible, o copias certificadas de ellos.

La consulta no interrumpirá ningún trámite, salvo el de votación del proyecto en tercer debate o, en su caso, la sanción y publicación del decreto respectivo, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 98.

Una vez evacuada la consulta, continuará la discusión del proyecto.

Artículo 101.- La Sala evacuará la consulta dentro del mes siguiente a su recibo, y, al hacerlo, dictaminará sobre los aspectos y motivos consultados o sobre cualesquiera otros que considere relevantes desde el punto de vista constitucional.

El dictamen de la Sala sólo será vinculante en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado.

En todo caso, el dictamen no precluye la posibilidad de que posteriormente la norma o normas cuestionadas puedan ser impugnadas por las vías de control de constitucionalidad.

CAPÍTULO III

De las consultas judiciales de constitucionalidad

Artículo 102.- Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.

Además, deberá hacerlo preceptivamente cuando haya de resolver los recursos de revisión a que se refiere el artículo 42 de la Constitución Política, fundados en una alegada violación de los principios del debido proceso o de los derechos de audiencia o defensa; pero esto solamente para los efectos de que la Sala Constitucional defina el contenido, condiciones y alcances de tales principios o derechos, sin calificar ni valorar las circunstancias del caso concreto que motiva el respectivo recurso.

Artículo 103.- Las consultas a que se refiere el artículo anterior serán procedentes en todo caso, sin perjuicio de otras que se hayan planteado, o de acciones de inconstitucionalidad interpuestas o que se interpongan en el mismo proceso.

Artículo 104.- La consulta se formulará mediante resolución en la que se indicarán las normas, actos, conductas u omisiones cuestionados, y los motivos de duda del tribunal sobre su validez o interpretación constitucionales. Se emplazará a las partes para dentro de tercero día y se suspenderá la tramitación del proceso o recurso hasta tanto la Sala Constitucional no haya evacuado la consulta.

Al enviar la consulta, se acompañará el expediente o las piezas pertinentes.

Artículo 105.- De la consulta se dará audiencia a la Procuraduría General de la República, si no fuere parte en el proceso o recurso principal. Las partes, en este último caso podrán apersonarse ante la Sala, únicamente para los efectos de que sean notificadas.

No obstante, cualquiera de ellas que estuviere legitimada para plantear una acción podrá solicitarle a la Sala, dentro del término del emplazamiento, que se le dé al asunto el carácter y los efectos de dicha acción de inconstitucionalidad, en cuyo caso deberán interponer formalmente esta última dentro de los quince días siguientes. Si lo hicieren, se le dará a la acción el trámite correspondiente, y la Sala se abstendrá de evacuar la consulta como tal, pero deberá pronunciarse sobre ésta en el fallo.

Si no se solicitare o aprovechare el procedimiento de conversión indicado en el párrafo anterior, la Sala evacuará la consulta sin más trámite y sin audiencia de partes, en un plazo máximo de un mes a partir de su recibo.

Artículo 106.- La Sala podrá evacuar la consulta en cualquier momento, cuando considere que está suficientemente contestada mediante la simple remisión a su jurisprudencia y precedentes, todo esto con las mismas salvedades previstas en el párrafo segundo del artículo 9 de esta ley.

Artículo 107.- La resolución de la Sala se le comunicará al tribunal consultante, al Procurador General de la República y a las partes apersonadas, tendrá los mismos efectos y se publicará de igual manera que la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad, salvo que no precluirá el planteamiento de ésta en el mismo proceso, si fuere procedente.

Artículo 108.- En lo no dispuesto en el presente capítulo, las consultas judiciales de constitucionalidad se regirán por las normas del anterior y, supletoriamente, de la acción de inconstitucionalidad, en lo que fueren razonablemente aplicables.

TÍTULO V

DE LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 109.- Le corresponde a la Sala Constitucional resolver:

a) Los conflictos de competencia o atribuciones entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, o entre cualquiera de ellos y la Contraloría General de la República.

b) Los conflictos de competencia o atribuciones constitucionales entre cualquiera de los Poderes u órganos dichos y las entidades descentralizadas, municipalidades u otras personas de Derecho Público, o los de cualquiera de éstas entre sí.

Artículo 110.- La cuestión será planteada por el jerarca de cualquiera de los órganos o entidades en conflicto, quien enviará a la Secretaría de la Sala un memorial con expresión de todas las razones jurídicas en que se fundamente.

El Presidente de la Sala le dará audiencia al jerarca del otro órgano o entidad por un plazo improrrogable de ocho días.

Artículo 111.- Cumplido el plazo señalado en el artículo anterior, aunque no se hubiere contestado la audiencia, la Sala resolverá el conflicto dentro de los siguientes diez días, salvo que considere indispensable practicar alguna prueba, en cuyo caso dicho plazo se contará a partir del momento en que ésta se haya evacuado.

TÍTULO VI
DISPOSICIONES FINALES

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 112.- Modifícanse:

a) El párrafo segundo del artículo 21 de la Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales, No. 5711 del 27 de junio de 1975, reformado por el artículo 6 de la ley No. 6726 del 10 de marzo de 1982,

para que diga así:

«En materia de extradición se estará a lo que disponga la ley respectiva.»

b) El párrafo segundo del artículo 20 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, No. 3667 del 20 de marzo de 1966, para que diga así:

«2. Podrán serlo, igualmente, por razones de constitucionalidad, las leyes y demás disposiciones normativas y los actos de la Administración Pública, para los efectos de la correspondiente acción de inconstitucionalidad.»

c) El artículo 490 del Código de Procedimientos Penales, al cual se le adiciona un inciso 6) que dirá así:

«6) Cuando no hubiere sido impuesta mediante el debido proceso u oportunidad de defensa.»

ch) El artículo 45 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, No. 17 del 22 de octubre de 1943 y sus reformas, que dirá así:

«Artículo 45: Constituye retención indebida y, en consecuencia, se impondrá la pena establecida en el artículo 216 del Código Penal, a quien no enterare a la Caja el monto de la cuota obrera establecido en el artículo 30 de esta ley.

En el caso de la prevención señalada en el último párrafo del artículo 223 del Código Penal, el patrono podrá ofrecer garantía real suficiente por el monto de las cuotas obreras retenidas.

Se aplicará de treinta a ciento ochenta días multa al patrono que no dedujere la cuota obrera que establece el artículo 30 de esta ley. Si el patrono fuere una persona jurídica, la obligación recaerá sobre su representante legal. El patrono deberá ser apercibido por el Jefe del Departamento de Gestión de Cobros y Créditos de la Caja Costarricense de Seguro Social para

que, dentro del quinto día, contado a partir del recibo del comunicado, deposite en favor de la Caja Costarricense de Seguro el monto de las cuotas no retenidas.

Transcurrido ese plazo sin que se efectúe el pago, el hecho se denunciará al Ministerio Público para que se haga el requerimiento respectivo.

Será sancionado con pena de sesenta a trescientos días multa el Patrono que realice maniobras, declaraciones falsas o cualesquiera otros actos u omisiones tendientes a defraudar los intereses de la Caja Costarricense de Seguro Social, tratándose de sus cotizaciones.»

Artículo 113.- Deróganse las siguientes leyes y disposiciones:

a) La Ley de Hábeas Corpus, No. 35 del 24 de noviembre de 1932.

b) La Ley de Amparo, No. 1161 del 2 de junio de 1950.

c) Los artículos 962 a 969 del Código de Procedimientos Civiles, así como el capítulo IV del título IV, artículos 534 a 541, «Proceso de Inaplicabilidad», del nuevo Código Procesal Civil que sustituye al anterior.

ch) Todas las disposiciones legales que establezcan causales de apremio corporal, salvo aquellas referentes al incumplimiento de deberes alimentarios.

Artículo 114.- Esta ley rige a partir de su publicación y sólo podrá ser modificada por otra destinada expresamente a complementar o modificar su texto.

Transitorio I.- Mientras no se promulgue la Ley del Defensor de los Habitantes, la actuación que se le señala en esta Ley le corresponderá al Procurador General de la República.

Transitorio II.- Los recursos de inconstitucionalidad, de amparo y de hábeas corpus que se encuentren pendientes de resolución a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, se ajustarán a ella respecto de todos los trámites que no se hayan cumplido o debido cumplir, salvo la redacción de la sentencia.

Las sentencias que no hayan sido redactadas o firmadas en los recursos ya votados, seguirán a cargo de los tribunales actualmente competentes, por un plazo improrrogable de dos meses a partir de la promulgación de esta Ley.

Los términos perentorios e improrrogables establecidos en la presente Ley, para las actuaciones de la Sala Constitucional, no se aplicarán a los recursos interpuestos con anterioridad a su promulgación, ni tampoco a los que se interpongan durante los primeros tres años de su vigencia.

(Ref. por Ley 7209 de 8 de noviembre de 1990)

Transitorio III.- El Poder Ejecutivo, a solicitud de la Corte Suprema de Justicia y mediante decretos ejecutivos, hará las modificaciones necesarias en el presupuesto del Poder Judicial, en todo lo que se relacione con las plazas nuevas y compra de equipo necesarios para el funcionamiento de la Sala Constitucional.

Se autoriza el aumento de personal indispensable para el normal funcionamiento de la Sala.

Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Asamblea Legislativa.- San José, a los cinco días del mes de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Dado en la Presidencia de la República.- San José, a los once días del mes de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Ejecútese y publíquese



Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año I - N.º 2 - agosto - diciembre, Lima, 2005

Entrevistas

- Artur Maurício
  Entrevista a Artur Maurício, Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal.
- Néstor Pedro Sagüés
  Entrevista a Néstor Pedro Sagüés.

Entrevista a Artur Maurício, Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal

1. ¿Cómo evalúa la situación de la democracia en América Latina en el momento actual y, cómo interpreta, en este contexto, la presencia cada vez más expandida de Tribunales Constitucionales en la región?

Para nosotros, los europeos, son nítidos los avances democráticos que se registran, por lo general, en todos los países de Sudamérica. Las experiencias autocráticas, por las cuales muchos de estos países han pasado, acaban, en este proceso, por tener su influencia en el despertar de las conciencias para los valores de libertad e igualdad, que son estructurantes de los regímenes democráticos. De todos modos y teniendo en cuenta lo que la historia de estos países nos revela de alternancia de regímenes democráticos y autoritarios, nos parece decisivo que la evolución que se está operando se asiente en bases sólidas y estables que no permitan retrocesos frustrantes. Para ello, es fundamental que la democracia política sea seguida de un crecimiento económico e igualitario en términos tales que el pueblo sienta, en su quehacer cotidiano, los beneficios que la democracia le trae.

Por otro lado, en regiones donde son profundas las asimetrías económicas, es necesario que exista una preocupación por la igualdad, no en términos meramente formales, pero a través de medidas que, en muchos casos, no pueden dejar de ser de discriminación positiva. Mientras esas profundas diferencias se verifiquen, la democracia estará siempre en riesgo, a merced de emprendimientos riesgosos, radicales y populistas que, de manera demagógica, empuñarán las banderas de los más desfavorecidos. Es fundamental aún atender a particularidades locales y regionales, respetando sus valores culturales propios, sin pretender imponer a toda costa paradigmas de vida que le son esencialmente extraños. En fin, hay que tener confianza en los progresos democráticos que se vienen registrando en Sudamérica, pero sin embarcarnos en la utopía de que la democracia es la cura de todos los males.

Es evidente que la presencia, cada vez más difundida, de tribunales constitucionales en Sudamérica termina siendo un efecto de la evolución democrática que ahí se verifica, pero constituye al mismo tiempo un factor que da impulso a los nuevos avances.

2. ¿Considera usted que hay un modelo de justicia constitucional hacia el que se inclina la mayoría de los países en América Latina? ¿Cree que sería mejor un control que fortalezca al Poder Judicial incorporando el control de constitucionalidad dentro de una Sala de la Corte Suprema o considera que siempre es mejor contar con un Tribunal Constitucional?

No se puede afirmar como ideal un determinado modelo de justicia constitucional que sea válido para todos los países. Es necesario ser cuidadoso en la elección de ese modelo, con predominante atención, una vez más, a las especificidades nacionales. Creo, entre tanto, que la existencia de una jurisdicción constitucional propia y autónoma ha respondido con eficacia, por lo general, a lo que se le pide, como intérprete privilegiado da la Constitución y garante del respeto de la Ley Fundamental. Lo que desde luego se puede señalar es una especial sensibilidad de esa jurisdicción propia a las cuestiones de constitucionalidad, diferente de la que, también por lo general, los tribunales comunes revelan, con una clara tendencia para la conservación del Derecho ordinario.

Por otro lado, es también indiscutible la uniformidad de la jurisprudencia que los tribunales constitucionales aseguran, con obvias ventajas para la certeza del Derecho. No es necesario decir que más importante que la existencia de tribunales constitucionales es el grado de independencia que puedan tener, así como el respeto con que sus decisiones son acatadas.De nada sirve la existencia de tribunales constitucionales si, nombradamente por la forma de reclutamiento de sus jueces, ellos acaben por estar en la dependencia, directa o indirecta del poder político, o si la ley no asegura medios eficaces para hacer cumplir, por los restantes poderes o por los tribunales, las decisiones que profieren. Finalmente, quiero resaltar que considero la existencia de un tribunal constitucional al margen de los tribunales judiciales como un factor neutral en relación con el fortalecimiento o el debilitamiento del Poder Judicial. Éste, en el ámbito de sus competencias propias –que apenas excluyen el juicio en última instancia de cuestiones de constitucionalidad– sigue independiente y soberano; por otro lado, un conveniente reclutamiento plural de los jueces constitucionales, ideológicamente diversificado, podría acomodarse mal al modo tradicional de reclutamiento de los jueces de los supremos tribunales.

3. ¿Cómo se expresa, en su país, la contribución de la justicia constitucional en el fortalecimiento de la democracia? ¿Cuál es su experiencia personal en este tema?

En Portugal, la implantación del Tribunal Constitucional con poderes de última instancia en materia de fiscalización concreta de constitucionalidad – o sea, con poderes para reevaluar las decisiones de todos los tribunales (inclusive los tribunales supremos– aunque restringido a las cuestiones de cons-

titucionalidad normativa– ha sido algo accidentada en los primeros años. De hecho, se puede observar en esos años un cierto malestar de los tribunales superiores con relación a las cuestiones revocatorias –siempre y solamente en materia de constitucionalidad de las normas aplicadas– del Tribunal Constitucional. Se trata, en realidad, de una reacción comprensible de órganos que siempre han sido soberanos en todas sus decisiones, además del hecho de que siete de los trece jueces del Tribunal Constitucional no son magistrados de carrera y, de éstos, no todos pertenecen al Supremo Tribunal de Justicia.

Se verificaron algunos casos en que las decisiones del Tribunal Constitucional no han sido totalmente respetadas por el Supremo Tribunal de Justicia sin la reformulación –obligatoria por fuerza constitucional– de las sentencias apeladas en conformidad con el juicio de constitucionalidad proferido por el Tribunal Constitucional. Hace poco, ha sido creado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional un recurso por violación de la cosa juzgada, asegurando, así, a las partes un medio de hacer cumplir las sentencias de inconstitucionalidad que les habían sido favorables.

Con el transcurrir de los años, particularmente debido al prestigio e imparcialidad del Tribunal Constitucional, al nivel técnico-jurídico de sus decisiones y a la ponderación que en ellas demostraba de los intereses en conflicto, así como al respeto que siempre reveló de la esfera de competencias propias del Supremo, la situación ha sido alterada y, hoy en día, se puede afirmar que la articulación institucional entre los tribunales supremos y el Tribunal Constitucional es pacífica. Se alcanzó así una uniformidad interpretativa de la Constitución, de acuerdo a los juicios del Tribunal Constitucional, en que la defensa de los derechos fundamentales adquiere particular relevancia. En tal aspecto, las decisiones sobre los derechos de los imputados, en proceso penal, han provocado alteraciones en la jurisprudencia de los tribunales comunes, en áreas sensibles como son la del espionaje telefónico y de los interrogatorios de los imputados presos cuando los procesos se encuentran en secreto sumarial.

En lo concerniente al control abstracto preventivo de constitucionalidad, las decisiones del Tribunal Constitucional son, aún, un factor de apaciguamiento social, lo que hace que la conformidad constitucional de las normas aprobadas sea indiscutible.

4. ¿Cuál es su particular experiencia como magistrado o juez constitucional, con relación al modelo que tiene adoptado su respectivo país? ¿Considera necesaria alguna reforma?

La evaluación globalmente positiva que hago del modelo portugués de justicia constitucional no significa la falta de necesidad de (pequeñas) refor-

mas. Seguramente no es así en lo que se refiere a las competencias del Tribunal Constitucional, ya atareado con tipos de procesos que no se inscriben en la vocación natural de un tribunal constitucional: contencioso electoral, impugnación de deliberaciones de órganos propios de los partidos políticos, fiscalización de las cuentas de los partidos políticos, entre otros.

Son necesarias las reformas con relación a la fiscalización concreta, considerando el elevado porcentaje de recursos que no cumplen los prerrequisitos procesales exigidos para que se conozca profundamente. Aquí se debe buscar una forma más ágil y rápida para el rechazo de los recursos, aunque ya esté prevista la posibilidad de que, por «decisión sumaria» (que se reclama para un colectivo de 3 jueces), el juez individual no conozca los recursos por falta de los prerrequisitos pertinentes. También se reconoce la poca eficacia de la fiscalización abstracta sucesiva de inconstitucionalidad por omisión, estando jurisprudencialmente fundamentado que tal sólo es posible cuando la Constitución contiene una orden concreta y precisa para legislar.

La última reforma de la Ley del Tribunal Constitucional ha sido realizada en el año de 1998 y, debido al proceso legislativo exigible (ley parlamentaria), son siempre difíciles y demoradas las alteraciones de la referida ley.

5. ¿Cómo evalúa el rol del Tribunal o Corte en su respectivo país y cuáles han sido los temas más relevantes que ha afrontado en los últimos tiempos?

Como antes mencioné, el rol del Tribunal Constitucional es globalmente positivo, particularmente en materia de derechos fundamentales y, más concretamente, en el área del proceso penal (derechos de los imputados), donde la jurisprudencia del Tribunal ha determinado alteraciones en la jurisprudencia de los tribunales judiciales y en la propia legislación ordinaria. Sin pretender ser repetitivo, son frecuentes los casos en que se aprecia la constitucionalidad de normas relativas a la prisión preventiva, al régimen de recursos, a los medios de prueba admisibles (búsquedas, espionaje telefónico, reconocimiento de sospechosos, etc.), como forma de extradición; en materia de derechos sociales, se puede resaltar decisiones relativas al derecho de vivienda, al sueldo mínimo garantizado, a la posibilidad de empeñar pensiones, al subsidio de desempleo; en derecho de familia, han sido apreciadas situaciones de uniones de hecho, en particular con relación a los derechos a pensiones de jubilaciones, en una perspectiva comparativa con el régimen vigente para los casados; también el área del derecho tributario es abarcada en numerosos casos, teniendo frecuentemente como parámetros constitucionales los principios de la legalidad tributaria y de la no retroactividad de los

impuestos; el derecho de propiedad también ha sido tratado, especialmente en materia de expropiaciones y por lo general de urbanismo y ordenamiento del territorio.

6. ¿Ha tenido dificultades en sus relaciones con los demás poderes del Estado? ¿Han emitido sentencias manipulativas, interpretativas o exhortativas y cómo han sido recibidas éstas por los demás poderes del Estado?

La relación entre el Tribunal y los otros poderes del Estado es en el momento actual excelente, fundamentada en el considerable prestigio que goza junto a la comunidad jurídica. El respeto por las competencias propias de cada uno de los poderes es con seguridad un soporte fundamental de esa relación. La única diferencia se da en lo que concierne al cumplimiento de decisiones (es decir, muy pocas) en materia de inconstitucionalidad por omisión (hay una decisión desde hace muchos meses sobre la protección en el desempleo de docentes que no ha sido aún correspondida con las debidas alteraciones legislativas).

7. Puede relatar de modo muy referencial algunos casos paradigmáticos que ha resuelto la Corte o Tribunal, que usted integra, en los últimos años. ¿Cuál cree que ha sido en todo caso, el mejor aporte de la Justicia Constitucional a la defensa de los derechos fundamentales en su país?

Creo que los casos más paradigmáticos que el Tribunal ha solucionado son los relacionados al espionaje telefónico – método de investigación criminal cada vez más utilizado – y con el que la jurisprudencia constitucional ha sido muy rigurosa con relación al seguimiento de las interceptaciones por el juez, exigiéndose que lo haga de cerca. Está en curso una revisión de la legislación penal y procesal penal, y en ella será concretamente acogida esa jurisprudencia.

8. Sobre la articulación del TC o Corte con la Justicia Internacional, ¿cómo evalúan el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos? ¿Existe un «diálogo jurisprudencial» institucionalizado?

Está siempre presente la importancia de la articulación de los tribunales europeos con los tribunales nacionales, principalmente por cuenta del proceso de integración europea y de los avances que en ella se verifican de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre (TEDH), en el sentido de la uniformidad (globalización) del tratamiento jurídico de los derechos fundamentales. Son frecuentes los encuentros y seminarios interna-

cionales relacionados a este tema. La verdad es que hoy en día son más numerosas las decisiones del TEDH que contradicen decisiones de los tribunales nacionales y, recientemente, en el caso portugués, el Tribunal Europeo entendió que la condena de un periodista por el delito de difamación o injuria violaba el derecho de libre expresión del pensamiento. Eso parece determinar una redefinición de competencias y de procedimientos de los tribunales nacionales y de los tribunales europeos, de modo a que no se instale entre ellos una situación de conflicto, que sería siempre dañino.

En el caso del Tribunal Constitucional portugués, no habrá hipótesis de conflicto, ya que el recurso de constitucionalidad en fiscalización concreta no es considerado para efecto del agotamiento de los recursos nacionales, necesaria para tener acceso al TEDH y, aún, por la circunstancia de que nuestro sistema no contempla el recurso de amparo. Es necesario señalar que nuestra Constitución escoge la Convención como una de las fuentes de interpretación de los derechos, libertades y garantías, y el Tribunal Constitucional sigue con atención la evolución de la jurisprudencia del TEDH, acogiéndola por lo general. Así se ha dado, como regla, el caso de una alteración de nuestra jurisprudencia relativa a la posición procesal del Ministerio Público en el proceso penal, teniendo como parámetro el principio de la igualdad de armas entre las partes.

9. A propósito de la eficacia de las sentencias, ¿el Tribunal o Corte Constitucional goza de algún mecanismo que garantice la ejecución de sus resoluciones?

En materia de control concreto de constitucionalidad, las sentencias del Tribunal Constitucional obligan a los tribunales, que recibieron recurso judicial, a reformular sus decisiones, luego que el proceso les llega, de acuerdo al juicio de constitucionalidad emitido por el Tribunal Constitucional. Los efectos de las sentencias se producen solamente en el caso concreto en apreciación. De todas maneras, cuando el Tribunal juzga inconstitucional una determinada norma en tres casos concretos, el Ministerio Público puede pedir la declaración de inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general; en este caso, tal como sucede en el control abstracto sucesivo, la norma es expulsada del ordenamiento jurídico con efectos *ex tunc,* con exención para los casos juzgados, excepto decisión en contra del Tribunal cuando la norma respeta la materia penal, disciplinaria o de ilícito de mera infracción social y sea de contenido menos favorable al imputado.

Hay que resaltar, entretanto, que la Constitución permite que por razones de seguridad jurídica, equidad o interés público de excepcional relevancia, el Tribunal determine que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad

se produzcan a penas *ex nunc*. Como ya referí, el Tribunal Constitucional viene admitiendo un recurso por violación de caso juzgado cuando los tribunales involucrados no reformulan sus decisiones de acuerdo al juicio de constitucionalidad por él proferido. En el caso de declaración de inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general, es obvio que la aplicación de la norma expulsada del ordenamiento jurídico por cualquier tribunal concede a la parte afectada la posibilidad de recurso para el Tribunal Constitucional. En el control preventivo de constitucionalidad, el juicio de inconstitucionalidad obliga al órgano autor del decreto en causa a expulsarla del decreto o a alterarla en conformidad con aquel juicio. En el caso de ser la Asamblea de la República la autora del decreto, puede ella confirmar su deliberación, siendo, entretanto, exigida para el efecto una mayoría de 2/3. La ponderación de los intereses en conflicto, constitucionalmente tutelados, es tal vez la tarea más compleja y delicada de los tribunales constitucionales. Sin dejar de estar siempre atentos a los derechos sociales y económicos de los ciudadanos, en fase de recesión económica casi generalizada, así como a los nuevos derechos que enriquecen al hombre, los tribunales constitucionales deben continuar a ser una última y firme instancia de salvaguarda de los derechos, libertades y garantías; en particular, cuando se advierten, en todos los países, algunas amenazadoras preocupaciones con relación a la seguridad. Y este es el principal reto a ser enfrentado por los tribunales constitucionales en los tiempos venideros.

Entrevista a Néstor Pedro Sagüés

1. ¿Cómo evalúa la situación de la democracia en América Latina en el momento actual y, cómo interpreta, en este contexto, la presencia cada vez más expandida de Tribunales Constitucionales en la región?

La democracia en América Latina se está desenvolviendo quizá mejor que lo esperado. No obstante, hay serios riesgos, a saber: a) la demagogia y el populismo, muy marcados en el caso de Venezuela; b) el comportamiento de grupos decididamente antisistémicos, negadores de una convivencia democrática pacífica y pluralista, como ocurre en Bolivia y Ecuador, por ejemplo; c) la corrupción, visible en Brasil y en Argentina, en este último caso de modo notorio durante los años noventa y que reaparece en las elecciones legislativas del año 2005.

En cuanto la presencia de tribunales y salas constitucionales en la región, en términos generales ello importa un dato positivo y quizá irrevisible, aunque no siempre la clase política está dispuesta a admitir que ellos son los intérpretes finales de la constitución. El caso de Ecuador puede ser el ejemplo más triste de esa incomprensión. Por otro lado, esa clase política no siempre acepta erigir una magistratura constitucional genuinamente imparcial e independiente.

2. ¿Cómo se expresa, en su país, la contribución de la justicia constitucional en el fortalecimiento de la democracia? ¿Cuál es su experiencia personal en este tema?

No hay en Argentina magistratura constitucional especializada, ya que se sigue el modelo norteamericano de control difuso o desconcentrado de constitucionalidad. El juicio sobre el papel de la Corte Suprema federal en el desarrollo de la democracia argentina no es lineal ni uniforme: hay que distinguir tramos históricos precisos, donde la sociedad valoró de modo bien distinto a ese Tribunal.

3. ¿Considera usted que hay un modelo de justicia constitucional hacia el que se inclina la mayoría de los países en América Latina? ¿Cree que sería mejor un control que fortalezca al Poder Judicial incorporando el control de constitucionalidad dentro de una Sala de la Corte Suprema o considera que siempre es mejor contar con un Tribunal Constitucional?

La respuesta a la duda de erigir una Sala Constitucional en el seno de una Corte Suprema de ramos generales, o diseñar un Tribunal Constitucional dentro del Poder Judicial, o fuera de él, como ente extrapoder, depende de las particularidades y experiencias de cada país, y fundamentalmente, de las posibilidades políticas de lanzarlo en concreto. Teórica y académicamente me atrae la propuesta kelseniana del Tribunal Constitucional como órgano extrapoder, pero esa preferencia principista debe someterse a la prueba de la realidad de cada sociedad.

4. ¿Cuál es su particular experiencia como magistrado o juez constitucional, con relación al modelo que tiene adoptado su respectivo país? ¿Considera necesaria alguna reforma?

Creo que sería bueno instrumentar para Argentina un Tribunal Constitucional extrapoder, pero desconfío en la actualidad de las reales intenciones de la clase política, en el sentido de programarlo como cuerpo imparcial e independiente. Estimo mejor dejar su creación concreta para el futuro.

5. ¿Cómo evalúa el rol del Tribunal o Corte en su respectivo país y cuáles han sido los temas más relevantes que ha afrontado en los últimos tiempos?

En Argentina no hay, como apunté, Tribunal Constitucional o Sala Constitucional. Entre temas constitucionales trascendentes que ha debido definir la Corte Suprema han figurado la evaluación constitucional de la emergencia económica, la actualización de ciertos derechos personales y el sometimiento de la constitución al derecho internacional público.

6. ¿Ha tenido dificultades en sus relaciones con los demás poderes del Estado? ¿Han emitido sentencias manipulativas, interpretativas o exhortativas y cómo han sido recibidas éstas por los demás poderes del Estado?

Hasta hace un par de años se acusaba socialmente en Argentina a la Corte Suprema de depender el Poder Ejecutivo. No han sido frecuentes las senten-

cias manipulativas, aunque en un sonado caso («Verbitsky»), la Corte Suprema lanzó en 2005 su quizá primera sentencia exhortativa.

7. Puede relatar de modo muy referencial algunos casos paradigmáticos que ha resuelto la Corte o Tribunal, que usted integra, en los últimos años. ¿Cuál cree que sido en todo caso, el mejor aporte de la Justicia Constitucional a la defensa de los derechos fundamentales en su país?

Como fallo elogiable, en torno a 1992 la Corte pronunció la sentencia «Ekmekdjian v. Sofovich», con un claro sentido de sumisión del derecho interno al derecho internacional, y de seguimiento de la judicatura nacional a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Otros veredictos muy rescatables han salvaguardado el derecho a la vida y a la salud, aun a falta de partidas presupuestarias por parte del Estado («Asociación Benghalensis», «Campodónico»).

8. ¿Puede exponer, brevemente, su experiencia personal en la solución de casos ante una Corte o Tribunal Constitucional? ¿Cómo aborda un caso? ¿Qué aspectos llaman su atención? ¿Cree que hay un método de solución de casos constitucionales o utilizan diversos métodos?

No me desempeño en una Corte o Tribunal Constitucional, en virtud de existir en Argentina control difuso, y no concentrado y especializado. No obstante, como magistrado integrante de una Cámara de Apelaciones, he debido resolver temas constitucionales. Académicamente me adhiero a una visión dinámica de la constitución, entendida como algo viviente (*living constitution),* pero siempre que se respeten los principios básicos del derecho natural. Esto importa comprender las mutaciones constitucionales y destacar el papel no solo de la «interpretación», sino también de la «integración» constitucional como método de funcionamiento de la constitución, máxime respecto de un texto como el federal argentino, que en su mayor parte data de 1853, y que por ende, necesita reciclarse cotidianamente.

9. Sobre la articulación del TC o Corte con la Justicia Internacional, ¿cómo evalúan el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? ¿Existe un «diálogo jurisprudencial» institucionalizado con la Corte o Tribunal Constitucional?

Respecto de la Corte Interamericana cabe destacar su rol garantista, aunque ciertos pronunciamientos deberían tal vez no sentar directrices demasiado genéricas, sino más bien circunscriptas al caso concreto. Y también, medir escrupulosamente las consecuencias de una directriz en todos los ámbitos donde se proyecta.

10. En líneas generales, ¿cuáles son los efectos en el tiempo de las resoluciones expedidas por la Corte o Tribunal Constitucional de su país?

Según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, sus fallos deben ser seguidos por los tribunales inferiores, salvo que éstos den razones valederas y novedosas como para apartarse de ellos. Se trata de una regla elaborada por el propio tribunal, que genera ya derecho consuetudinario constitucional. De todos modos, al haber experimentado la Corte Suprema renovaciones muy profundas en las últimas décadas, su jurisprudencia ha variado también en consonancia con tales cambios, con lo que muchas directrices de la Corte han tenido un tiempo limitado de validez.

11. A propósito de la eficacia de las sentencias, ¿el Tribunal o Corte Constitucional goza de algún mecanismo que garantice la ejecución de sus resoluciones?

No hay mecanismos específicos. La Corte Suprema insiste en que sus fallos deben ser cumplidos, y generalmente se ejecutan. En un reciente y divulgado caso conectado con la remoción de un importante funcionario provincial, su veredicto no fue sin embargo respetado.

12. ¿Cuáles considera que son los retos principales de los Tribunales en América Latina en el momento actual?

Creo que ellos son: a) su independencia; b) su perspicacia y acierto para no incurrir en exageraciones principistas que a la postre perjudican a los mismos principios que se pretenden defender; c) su condición de intérprete final de la Constitución, que entra en crisis si el Congreso, por ejemplo, remueve a un juez de un tribunal constitucional mediante el juicio político, por considerar que ha malinterpretado a la Constitución; d) su capacidad operativa para procesar idóneamente y en tiempo todas las causas que son de su competencia. Al respecto, debe cuidarse en no encomendar a un Tribunal o Corte más causas de aquellas que sensatamente puede atender; o en su caso, de modificar su estructura para permitir el diligenciamiento correcto de las que la ley o la constitución le encomienda.



Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año I - N.º 2 - agosto - diciembre, Lima, 2005

Revistas de Revistas

- A. América (México)
  Cuestiones Constitucionales (México)
  Pensamiento Constitucional (Perú)
- B. Europa
  Teoría y Realidad Constitucional (España)
  Jahrbuch des Öffentlichen rechts Neue folge
  Der Staat (Alemania)
  Archiv des Öffentlichen Rechts (Alemania)
  Revue francaise de droit constitucionnel (Francia)
  Quaderni constituzionali (Italia)

A. América

Cuestiones Constitucionales
Número 13 Julio-Diciembre 2005

Contenido

Artículos Doctrinales

Nuevas reflexiones sobre la función de investigación de la Suprema Corte de Justicia a 33 años de distancia.
Jorge CARPIZO

El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello.
Francisco FERNÁNDEZ SEGADO

Algunos planteamientos sobre el federalismo y la Unión Europea.
Augusto M. GUEVARA PALACIOS

La inscripción registral de las entidades religiosas en España.
Algunos aspectos conflictivos a raíz de la inscripción de la Iglesia de la Unificación.
Susana MOSQUERA

Justicia constitucional electoral y garantismo jurídico.
J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ

Manuel García-Pelayo en el desarrollo del derecho constitucional del siglo XX.
Graciela SORIANO

Comentarios Jurisprudenciales

Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis.
Imer B. FLORES

La Declaración 1-2004 del Tribunal Constitucional español. Problemas de articulación entre el derecho nacional y el derecho de la Unión Europea.
Fernando SILVA GARCÍA

Comentarios Legislativos

Análisis de las iniciativas en materia electoral presentadas por el presidente de la república en el 2004
José Luis LÓPEZ CHAVARRÍA

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Brage Camazano, Joaquín, Los límites a los derechos fundamentales.
Gabriel DOMÉNECH PASCUAL

O'connor, Sandra Day, The Mayesty of the Law: Reflections of a Supreme Court Justice.
Arturo ZÁRATE CASTILLO

Valadés, Diego, El gobierno de gabinete.
Alfonso HERRERA GARCÍA

PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL (PERÚ)

Año XI, N.º 11

CONTENIDO

ENSAYOS

La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano.
Francisco FERNÁNDEZ SEGADO

El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias.
Humberto NOGUEIRA ALCALÁ

Homosexualidad y Constitución (comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano de 24 de noviembre de 2004).
Fernando REY MARTÍNEZ

El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo.
Michel ROSENFELD

Una aproximación a los instrumentos de control parlamentario en la Constitución española de 1978.
Carlos HAKANSSON NIETO

La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.
Mijail MENDOZA ESCALANTE

NOTAS

La protección de los derechos del hombre por el Consejo Constitucional.
Michel FROMONT

Valoración de la reforma constitucional de 1994 en su décimo aniversario.
Antonio María HERNÁNDEZ

El derecho a la igualdad.
Luis Alberto HUERTA GUERRERO

Temas en Debate

Reflexiones constitucionales con Pedro Cruz Villalón (entrevista).
César LANDA

Monografías y Tesis

La posición preferente del derecho fundamental a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos.
Betzabé MARCIANI BURGOS

La denuncia constitucional.
Victor Hugo MONTOYA CHÁVEZ

Fuentes

La Constitución de 1823. La ilusión de una República Ilustrada.
Fernán ALTUVE FEBRES

Documentos

Doctorado Honoris Causa al Profesor Peter Häberle

Discurso de Orden a cargo de César Landa, Profesor del De partamento de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Discurso del Profesor Peter Háberle en la imposición del Grado de Doctor Honoris Causa de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

B. Europa

Teoría y Realidad Constitucional (España)

N.º 15 1er. Semestre 2005

Contenido

«El tratado por el que se establece una Constitución para Europa»

ENCUESTA

El tratado por el que se establece una Constitución para Europa.
Juan Antonio CARILLO SALCEDO,
Luis María DÍEZ-PICAZO
Antonio LÓPEZ PINA
Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS

ARTÍCULOS

Integración por medio de la Constitución. Propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización
Dieter GRIMM

El proyecto de tratado que establece una Constitución de la Unión Europea, entre el derecho internacional y el derecho constitucional
Vlad CONSTANTINESCO

Constitución y derecho constitucional en la Unión Europea.
José Luis CASCAJO CASTRO

El lugar del Estado en la integración europea.
Alberto PÉREZ CALVO

Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el tratado constitucional de la Unión Europea .
Gonzalo MAESTRO BUELGA

La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos
Luis María DÍEZ-PICAZO

Naturaleza y alcance de la personalidad jurídica de la Unión Europea en el ámbito de la cooperación internacional
José A. GIRÓN LARRUCEA

De la legitimidad democrática de la Unión Europea y de la legitimación democrática de sus decisiones: una reflexión sobre el proyecto de Constitución europea
Jasone ASTOLA MADARIAGA

Los derechos fundamentales y humanos en la CIG'2004.
Francisco Javier MATIA PORTILLA,

El fortalecimiento de los parlamentos en la Unión Europea: la incorporación del EARLY WARNING SYSTEM.
Elviro ARANDA ÁLVAREZ

Notas

Tres críticas al proyecto de Constitución europea.
Antonio Carlos PEREIRA MENAUT

Una prueba del carácter confederal de la Unión Europea: el mantenimiento de la unanimidad estatal en el proceso de revisión del tratado por el que se establece una Constitución para Europa
Noemí GARCÍA GESTOSO

Las fuentes del derecho en el tratado por el que se establece una Constitución para Europa
Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES,

PANORÁMICA SOBRE LA RATIFICACIÓN DEL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

El debate sobre el tratado por el que se establece una Constitución para Europa en Francia
Ángel J. SÁNCHEZ NAVARRO,

El futuro referéndum en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre el tratado que establece una Constitución para Europa
Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ

La Constitución europea y los nuevos Estados miembros de la Unión Europea
Rubén Darío TORRES KUMBRIAN

Tribunal Constitucional

La Unión Europea en Constitución y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004
Antonio LÓPEZ CASTILLO

Consejo de Estado

El dictamen del Consejo de Estado sobre el tratado por el que se establece una Constitución para Europa
María Salvador NARTÍNEZ

Recensiones

El proyecto de nueva Constitución europea: balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa, ALBERTÍ ROVIRA (dir.) y ROIG MOLÉS (coord.)
Yolanda GÓMEZ LUGO,

CORCUERA ATIENZA, Javier (coord.), La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, Madrid: Dykinson (Colección Oñati: Derecho y Sociedad, vol. 9) 2002, 685 pp.

José Manuel MARTÍNEZ SIERRA,

AA.VV: La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, dir. F. J. MATÍA PORTILLA, Ed. Civitas, Caja España, Instituto Europeo de Estudios Avanzados, Madrid, 2002, 201 pp.

Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ,

RUIZ MIGUEL, Carlos et al., Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel: El Tribunal Cosntitucional ante el control del derecho comuniatario derivado, Civitas, Madrid, 2002, 231, págs.

Alberto LÓPEZ BASAGUREN

Daniel SARMIENTO: Poder Judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión. Prólogo de D. Ruiz Jacobo. ED. Thomson/Civitas y Garrigues, Madrid, 2004, 379 páginas.

Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ,

María FRAILE ORTIZ. El significado de la ciudadanía europea. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002. 425 pp.

Fernando REVIRIEGO PICÓN,

Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, La directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional, con prólogo de Antonio López Pina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO,

REPERTORIO BIBLIOGRÁFICO

Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES e Isabel SERRANO MAÍLLO, Repertorio bibliográfico sobre el derecho constitucional de la Unión Europea

JAHRBUCH DES ÖFFENTLICHEN RECHTS.NEUE FOLGE, (ALEMANIA)

N.º 54, 2005

«El significado en el Estado de Derecho de la reforma tributaria» de Paul Kirchhoff; «Cultura jurídica y constitucional en la Federación Rusa»

de Angelika NUSSBERGER.

«Derecho constitucional dispositivo, derecho internacional coercitivo: ¿el mundo jurídico al revés?»
de Christian HILLGRUBER

«La protección de bienes culturales» de Maximilian Haag; «Protección de discriminación y análisis económico del derecho»
de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA;

«Les progrès de la décentralisation en France»
de Michel FROMONT;

«La función regulatoria de la autoridad de la 'cosa juzgada' y de la 'cosa interpretada' en el Estado de Derecho-Multinivel policéntrico de Francia»
de Luc HEUSCHLING;

«Niveles de texto en las Constituciones estatales austriacas – una comparación»
de Peter HÄBERLE;

«The Limits of the Fundamental Rights in Spain» de Joaquín Brage Camazano; «Federalismo/Regionalismo – una estructura modelo del Estado Constitucional – Experiencias alemanas y proyectos – Memorandum para un proyecto español»
de Peter HÄBERLE;

«Du Contrôle Politique au Contrôle Juridictionnel - Evolution et Apports de la Justice Constitutionelle en Amérique Latine»
de Francisco FERNÁNDEZ SEGADO;

«Latin-American Constitutionalism and its Influences»
de Domingo GARCÍA BELAUNDE;

«Argentine Constituional Development»
de Raúl Gustavo FERREYRA.

Der Staat

N.º 44, 2005

«Laicismo y libertad de religión en el espacio público»
de Juliane KOKOTT,

«¿Cooperación o confrontación? La relación entre el Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos»,
de Stefan MÜCKL;

«Entre Continuidad y discontinuidad: La reforma constitucional»
de Johannes MASING.

N.º 43, 2004

«Igualdad como protección de discriminación. Una réplica a Huster»
de Alexander SOMEK,

«¿Hay y para qué es útil una doctrina de la mutación constitucional?»,
de Andreas VOßKUHLE;

«De un ámbito amplio de protección hacia un estrecho contenido garantista. Crítica a una nueva orientación de la dogmática alemana de los derechos fundamentales»
de Wolfang KAHL;

«Aplicación de derechos fundamentales bajo la pretensión de racionalidad. Una crítica a la crítica de Kahl a los más recientes enfoques en la dogmática de los derechos fundamentales»
de Wolfgang HOFFMANN-RIEM.

N.º 42, 2003

«Ámbito de protección, intervención, límites inmanentes. Sobre la crítica de la dogmática actual de los derechos fundamentales»
de Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE.

ARCHIV DES ÖFFENTLICHEN RECHTS (ALEMANIA)

Tomo N.º 130, 2005

«Ley y reserva de ley en ajuste»
de Wolfgang HOFFMANN-RIEM;

«La garantía de la dignidad humana entre elevación metafísica y simple topos de ponderación»
de Martin NETTESHEIM;

Tomo N.º 129, 2004

«¿Quién debe ser el defensor de la Constitución europea?»
de Franz C. MAYER;

«Sobre la protección de derechos fundamentales de las personas jurídicas extranjeras»
de Annette GUCKELBERGER.

Tomo IN.º 128, 2003

«Saldos de las ventajas y desventajas en la justificación de las intervenciones de derechos fundamentales y tratamientos desiguales»
de Johana HEY;

«Prohibición o protección del discurso de odio»
de Winfried BRUGGER;

«¿Derecho constitucional internacional?»
de Ulrich HALTERN.

Tomo IN.º 127, 2002

«El recurso de amparo (Verfassungsbeschwerde) en el corsé del derecho procesal».

Revue française de droit constitutionnel (Francia)

2005 - IN° 64

Etudes

François Luchaire, Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l'objectif de valeurconstitutionnelle

Christopher Charles, Héros de la normalité et circonstances inhabituelles : l'incapacité de Gaston Doumergue à réformer l'Etat à la suite du 6 février 1934

Olivier Gassiot, L'animal, nouvel objet du droit constitutionnel

Chroniques

Jurisprudence du Conseil constitutionnel (1er avril-30 juin 2005), Elise Besson, Amandine Capitani, Xavier Magnon, Joseph Pini

Droit constitutionnel et droit social

La liberté du travail devant le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation, Laurence Dardalhon

Droit constitutionnel local

La clarté et la loyauté d'une consultation préalable à l'évolution institutionnelle au sein de la République, Jean-Louis Capitolin

Le préambule de l'accord de Nouméa, prologue d'une histoire officielle?, François Garde

DROIT CONSTITUTIONNEL ÉTRANGER

L'actualité constitutionnelle dans les pays de common Law et le droit mixte (juillet-décembre 2004), Canada, José Woehrling

L'actualité constitutionnelle en Russie, dans les Etats de la CEI et de l'Europe centrale et orientale et dans les pays toujours ou anciennement communistes (janvier-juillet 2005), Patrice Gelard

DROIT CONSTITUTIONNEL ET DROIT INTERNATIONAL

Contribution à l'étude du «traité-constitutionnel» européen vu par le constituant : les pouvoirs du Parlement français entre continuités et ruptures. A propos de la loi constitutionnelle n°2005-204 du 1er mars 2005, Didier Blanc

QUADERNI COSTITUZIONALI (ITALIA)

N.º 4, dicembre 2005

STUDI E RICERCHE

La programmazione dei lavori d'Assemblea: una lettura critica
Michele Magrini pp. 767-786

I lavori in commissione referente tra regolamenti e prassi parlamentari
Chiara Bergonzini pp. 787-806

Nuovi statuti regionali e opposizione
Pier Luigi Petrillo pp. 829-854

NOTE E COMMENTI

Diritti universali e relativismo culturale
Giancarlo Rolla pp. 855-858

Castità di Stato?
Gladio Gemma pp. 857-859

Stato, regioni e diritto comunitario nella legge n. 11/2005
Licia Califano pp. 860-863

L' ingeniosa" Corte di Mûnchhausen
Aljs Vignudelli pp. 864-866

Omogeneità del decreto-legge e introduzione di deleghe legislative
Rosella Di Cesare pp. 867-869

La crisi delle categorie tradizionali del bilancio
Giuliana Carboni pp. 870-873

Il debole della democrazia del cancelliere
Jörg Luther pp. 874-876

Insegnamenti dal Giappone: quando la politica non si fa arginare dal diritto
Carlo Fusaro, Toshiyasu Takahashi pp. 877-880

Note dall'Europa

Una costituzione con la «C» maiuscola o con la «c» minuscola?
Neil Walker pp. 881-883

Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro
Valentina Bazzocchi pp. 884-886

La Corte di Giustizia e la comunitarizzazione del «Terzo pilastro»
Patrizia Salvatelli pp. 887-890

Il Protocollo XIV, un tentativo per alleggerire la Corte di Strasburgo
Patrizia Tanzarella pp. 891-893

La Corte costituzionale polacca, il mandato di arresto europeo e la sentenza sul trattato di adesione all'UE
Serena Sileoni pp. 894-896

La sentenza del Bundesverfassungsgricht sul mandato di arresto europeo
Francesco Palermo pp. 897-904

Letture e riletture

Corte Suprema e garanzie nel trattamento dei terroristi
Ronald Dworkin pp. 905-922

Rassegne e cronache

Cronache costituzionali italiane
(19 giugno – 22 settembre 2005) pp. 923-936

Taccuino della giurisprudenza costituzionale
(maggio – agosto 2005) pp. 937-970

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO
(giugno – agosto 2005) pp.971-971

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO
Regno Unito pp. 971-972

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO
Francia pp. 973-974

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO
Germania pp. 975-976

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO
Austria pp. 977-977

RASSEGNE E CRONACHE

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO
Spagna pp. 978-979

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO
Stati Uniti d'America pp. 980-982

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO
Federazione russa pp. 983-986

CRONACHE DAL FORUM
(giugno - agosto 2005) pp. 987-988

INDICI DELL'ANNO 2005
pp. 991-fine

Se terminó de imprimir, en los talleres
de GRÁFICOS *Gráficos S.A.C.*
el día 5 de mayo de 2006,
por encargo de Palestra Editores
www.grandezgraficos.com
Telef.:(511)531-4658