

LUIS ALBERTO CARRASCO GARCÍA

PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO

ESTUDIO DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

- DOCTRINA (TIPOS DE AMPARO)
- LEGISLACIÓN
- JURISPRUDENCIA (INCLUYE TODOS LOS PRECEDENTES VINCULANTES DE AMPARO)



PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO

Luis Alberto Carrasco García

Impreso en Perú

Printed in Perú

© Luis Alberto Carrasco García
1º Edición 2012
1,000 ejemplares

Derechos de Edición de EDITORIAL FFECAAT E.I.R.L
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional
del Perú N° : 2012-07854

Diagramación, Diseño y Corrección de Textos:
EDITORIAL FFECAAT E.I.R.L
Jr. ILO 271 Lima 1

Distribución	: EDITORIAL FFECAAT EIRL
Dirección	: Jirón ILO 271 - LIMA 01 - PERÚ
Teléfono	: (01) 433-9870
RUC	: 20543016692
Correo E.	: Editorialffecaat@hotmail.com

DEDICATORIA

*A LA MEMORIA de los viejos e insignes
constituyentes mexicanos, quienes – en la
Constitución de Yucatán de 1841– nos legaron el
noble y grandioso “Juicio de Amparo”*

PRESENTACIÓN

Hoy cuando las sociedades civilizadas estamos encontrando que es el sistema constitucional la mejor forma jurídica de convivencia humana.¹ En la perspectiva de este sistema, en síntesis, todo el ordenamiento jurídico – entendido como el sistema de reglas de conducta que regulan la vida en sociedad – está diseñado para servir a la protección de los derechos fundamentales de la persona. El proceso de amparo en su versión original y fundacional esto es conforme la visión de los constituyentes mexicanos en la Constitución de Yucatán de 1841 y según lo establecido por el art. 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos “Protección Judicial”, es una herramienta decisiva y eficaz para la protección de los derechos constitucionales. Sabido es que en un principio los abusos de poder provenían del Estado y sus representantes mismos, el llamado “poder público”; sin embargo, hoy en día, también los privados detentan cuotas de poder y es real la posibilidad de abusar del mismo; por esto el ámbito de protección del amparo no solo recae en el “poder público” sino también en el “poder privado”².

Rescatamos el rasgo singular del proceso constitucional de amparo caracterizado como una manifestación de la llamada “tutela de urgencia”, es decir garantiza en forma rápida y oportuna tutela efectiva de los derechos fundamentales.

El presente trabajo es un estudio más que doctrinario, jurisprudencial de la institución del Amparo. Por esto se anexa al presente todos los precedentes vinculantes que sobre la materia ha expedido, hasta la fecha,

1. CAIRO ROLDÁN Omar; Justicia Constitucional y Proceso de Amparo, Serie Derechos y Garantías; Palestra Editores; Lima 2004; Pág. 231.
2. ABAD YUPANQUÍ Samuel B. Derecho Procesal Constitucional; Gaceta Jurídica; Lima 2004; Pág. 134.

el Tribunal Constitucional. La relevancia de los precedentes vinculantes en materia de procesos constitucionales, significa -como expresé en la presentación de la 2da Edición de mi libro de Derecho Procesal Constitucional- el paso del **derecho legal** (como concepción del legislador) a un **derecho judicial** (como obra del Juez, en especial del Juez Constitucional).

Es mi propósito con la publicación del presente, contribuir a consolidar un auténtico Estado Constitucional de Derecho, donde la persona humana y sus derechos fundamentales sea, efectivamente, el eje central del Estado Constitucional. En tal sentido una fortificación y vuelta del amparo a sus nobles raíces primigenias incidirá en empoderar a la persona frente, y en especial, al Estado como expresión cabal del “Contrato Social” cuya formalización jurídica es la Constitución Política del Estado.

Lima, Junio de 2012.

Luis Alberto Carrasco García.

I | CAPÍTULO

CUESTIONES PRELIMINARES Y ANTECEDENTES DEL AMPARO

I CUESTIONES PRELIMINARES Y ANTECEDENTES DEL AMPARO

1. CUESTIONES PRELIMINARES Y ANTECEDENTES DEL AMPARO

El control normativo, difuso o concentrado, no ha sido el único ámbito de fiscalización del poder. También va en esa línea de control y fiscalización la tutela de los derechos fundamentales frente a actos, omisiones o amenazas de los poderes públicos y, en ciertos países, de los particulares³.

En esa perspectiva se inspiró el “juicio de amparo” mexicano, como antecedente del actual amparo. Este mecanismo procesal constitucional destinado a cautelar los derechos constitucionales no relacionados con la libertad individual o la intimidad personal y familiar, **surgió en México con la Constitución de Yucatán de 1841, como un instrumento dirigido en forma exclusiva a la protección de los derechos del hombre o “garantías individuales, consagrados en el texto de la Constitución Federal.** Y hoy es “La institución jurídica más apreciada y entrañablemente querida por el pueblo mexicano”⁴.

Luego, de su origen mexicano trascendió a varios países de América Latina. El Salvador fue el primer país que introdujo el amparo de acuerdo al modelo mexicano en su Constitución de 1886, lo siguieron Honduras y Nicaragua, respectivamente.

En la actualidad podemos hablar de una especie de “amparo latinoamericano” en el sentido que son ya dieciocho países latinoamericanos los que contemplan este instituto configurado como un proceso constitucional autónomo de mayor alcance en la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales.

3. ABAD YUPANQUI Samuel; Ob. Cit. Pág. 19.

4. FIX ZAMUDIO Héctor; “Metodología, docencia e investigación jurídica”; Editorial Porrúa; México 1996., P. 176.

En los países de la región andina, la denominación más usual de este instituto, es:

Bolivia	Recurso de amparo
Chile	Recurso de protección
Colombia	Acción de tutela
Ecuador	Acción de amparo
Perú	Proceso de amparo
Venezuela	Acción de amparo
Brasil	Mandato de Seguridad

Como se ve, algunos ordenamientos emplean el término **“acción”** o **“recurso”** para hacer referencia al amparo, esto es, principalmente por tradición jurídica. En términos procesales, con la expresión **“acción”** se hace referencia a la potestad que tiene toda persona para acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado a fin de hacer valer una pretensión. En tanto, la expresión **“recurso”** hace referencia a un medio de impugnación de los actos procesales destinado a promover su revisión y eventual modificación. No obstante, las citadas expresiones resultan insuficientes para comprender la verdadera naturaleza del amparo, redimensionada hoy en día, a ser un **proceso constitucional** que se tramita ante los órganos jurisdiccionales competentes con el fin de proteger los derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Norma Constitucional.

2. EL AMPARO EN LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES

a) Declaración Universal de los Derechos Humanos

Suscrita y promulgada en París por la Tercera Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, por Resolución N° 217 A (III). Aprobada por el Perú por Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959.

Artículo 8°.- “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la **ampare** contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley”.

Artículo 22°.- “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado,

la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Artículo 28°.- “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

b) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá Colombia, 1948

Artículo 18°.- “Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo **ampare** contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentalmente consagrados”.

c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución N° 2200^a (XXI) del 16 de diciembre de 1966. Aprobado por el Perú por Decreto Ley N° 22128. Instrumento de adhesión, 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978. Aceptado como ratificación por las Naciones Unidas.

PARTE II.

Artículo 2.2.

a) “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

d) Convención Americana de Derechos Humanos.

También llamado “Pacto de San José de Costa Rica (22 de noviembre de 1969). Entra en vigor el 18 de julio de 1978. Aprobada por el Perú por D.L. N° 22231 del 11 de julio de 1978. Ratificada por la Décimo Sexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1979. El instrumento de ratificación fue de 1978. Reiterado en 1980 y vigente desde 1981”

Artículo 25°.- “Protección Judicial”

- 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, aun cuando tal decisión sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
- Los Estados Partes se comprometen:
 - a) A garantizar que la autoridad competente provista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal 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.

3. ANTECEDENTES EN EL PERÚ

Constitución de 1933. Estableció en el artículo 69 que todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución dan lugar a la acción de “Habeas Corpus”.

Decreto Ley N° 20554 (12/03/74). Se estatuyó dentro del fuero privativo agrario, el “recurso de amparo”, como mecanismo de protección para los propietarios de tierras indebidamente expropiadas con fines de Reforma Agraria; este recurso era revisado en instancia única por el Tribunal Agrario. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, dicho recurso quedó desactivado, por cuanto esta Carta Magna creó un amparo constitucional y reunificó los fueros privativos en el Poder Judicial.

Constitución de 1979: En el artículo 295 diferencia el Amparo del Habeas Corpus otorgándole perfiles propios. Dicho artículo fue desarrollado por la Ley N° 23506.

- **Ley N° 23506. (07/12/82), “Ley de Habeas Corpus y Amparo”:** Esta norma de carácter procesal operativizó el artículo 295 de la Constitución de 1979, regulando por separado los procedimientos de Habeas Corpus y Amparo.

- **Decreto Supremo N° 024-90-JUS:** Reglamento de la Ley N° 23506.
- **Ley N° 25398.** Ley Complementaria de Hábeas Corpus y Acción de Amparo.

4. DOCUMENTOS HISTÓRICOS:

Constitución Política del Estado de Yucatán (México, 1841) Artículo 8.-
Los jueces de primera instancia ampararán en el goce de los derechos garantizados por el artículo anterior, a los que les pidan su protección contra cualesquier funcionarios que no correspondan al orden judicial, decidiendo brevemente y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados.

II | **CAPÍTULO**

EL PROCESO DE AMPARO EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN

II | EL PROCESO DE AMPARO EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN

1. FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA

La vigencia y eficacia de los Derechos Humanos se basa en la exigencia moral de respetar la dignidad del hombre como persona moral, exigencia contenida en la idea de derecho. Debemos recordar que la idea de derecho no abarca solo el valor de la justicia, sino también el de la dignidad humana, la libertad, jurídicamente hablando⁵.

El proceso de amparo no se funda en razones exclusivamente normativas de carácter jurídico; sino que está dotado de raigambres ético-filosóficas y su implementación obedece a una exigencia universal del hombre, cual es el respeto de los derechos fundamentales como expresión natural de la dignidad del ser humano.

No solo es preciso que un orden jurídico reconozca y respete la libertad y en general los derechos del hombre como persona; es necesario también que se instaure los mecanismos procesales para conseguir ese respeto o remediar su inobservancia.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Es la de un proceso constitucional caracterizado por su urgencia y excepcionalidad, pues opera en defecto o ausencia de las vías ordinarias regulares. Su naturaleza residual ha sido reafirmada por el Código Procesal Constitucional.

5. CASTILLO, Melquíades; "Filosofía del Derecho"; Editorial FECAT; Segunda Edición; Lima Perú; 1994, p. 407.

Es extraordinario y excepcional, pues la protección de los derechos a través del proceso de amparo no es ni debe ser la norma, sino la excepción. “Más aun, en puridad, el recurso de amparo no es un instrumento para la protección de los derechos, sino un instrumento para corregir los errores que se puedan cometer en el interior del sistema de protección de los derechos diseñado por el constituyente”⁶.

3. DEFINICIÓN Y PROBLEMÁTICA

El proceso de Amparo es el mecanismo constitucional que tiene por finalidad asegurar a las personas el pleno disfrute de sus derechos constitucionales, protegiéndolos de toda restricción o amenaza ilegal o arbitraria por órganos estatales o de particulares, con excepción de las libertades amparadas por el Habeas Corpus y el Habeas Data.

Al ser procedente el amparo, no solo para reparar afectaciones sobre derechos constitucionales, sino también para contrarrestar aquellos actos u omisiones que “amenacen” vulnerar los derechos consagrados en la Constitución. En esta hipótesis estamos frente a la denominada Tutela Jurisdiccional Preventiva⁷. Establecida como aquella tendiente a proteger derechos que aun no aparecen como lesionados, pero sobre los que se cierne una posibilidad cierta e inminente de lesión. Con lo que queda entendido que la Jurisdicción Constitucional no solo sirve para reparar las lesiones de derechos, sino también para evitar que estas se produzcan; en razón de que la función represiva no es suficiente para garantizar la paz social en justicia, como instrumento sustancial del Estado Constitucional de Derecho.

Es un proceso de derecho público subjetivo. Sagües expresa: “el Amparo es una acción que protege todos los derechos humanos recogidos por la Constitución, siempre que fueran ciertos, exigibles, concretos, ante la lesión o amenaza de particulares o del Estado. Agrega: es una acción excepcional, en defecto de las ordinarias interponibles por cualquier persona, con trámite rápido, viable incluso contra actos del Poder Judicial”⁸.

6. PEREZ ROYO Javier; “Curso de Derecho Constitucional”; Madrid España, 2000, 7ma Edición; Ediciones Jurídicas y Sociales; p. 601
7. CAIRO ROLDAN Omar; “Justicia Constitucional y Proceso de Amparo”; Serie Derechos y Garantías; Palestra Editores, Lima 2004; p. 219.
8. SAGÜES Néstor Pedro, “Acción de Amparo”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, p. 33

El proceso Constitucional de Amparo es el más respetable y grandioso, pues el ciudadano litiga contra el Poder del Gobierno o lo que es más precisamente, contra el mismo poder de la Ley, siempre que esta o algún acto de aquel vulneren sus derechos.

No es casual, precisamente, que a partir del Golpe del 5 de abril de 1992, durante la vigencia del régimen de facto de Alberto Fujimori Fujimori; fue el proceso que más restricciones sufrió, creándose abusivas causales de improcedencia, desnaturalizando el proceso de Amparo. Esto encontraba explicación por cuanto el adecuado funcionamiento del Amparo no resulta grato para quienes precisamente quieren impedir el cuestionamiento de sus decisiones⁹. Los Decretos leyes expedidos, durante el régimen de facto, transgredieron expresas normas internacionales sobre Derechos Humanos en cuanto garantizan a toda persona el derecho a un recurso efectivo contra las decisiones arbitrarias gubernamentales que afecten derechos fundamentales, tal como lo establece el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

“El proceso de amparo tiende primordialmente a garantizar tanto la supremacía constitucional, como la integridad y pureza de sus mandatos, los cuales se verían expuestos a ser violados impunemente sin su existencia”¹⁰.

4. CARACTERÍSTICAS

- **Es un mecanismo jurisdiccional constitucional, como expresión de la denominada Tutela Jurisdiccional de urgencia.**- Por ser un instituto procesal que, de modo urgente, activa la función jurisdiccional del Estado. En el plano constitucional garantiza el control constitucional de las resoluciones del Poder Judicial, siempre y cuando atenten contra el “debido proceso”. El carácter urgente y simplificado del amparo ha estado presente en los momentos fundacionales de este instituto procesal, lo que ha sido consagrado en las documentos internacionales, en su caso el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “**Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley**”
- **Tiene naturaleza jurídica procesal.**- Pues -respetando su naturaleza especial y urgente- es un proceso, en la medida que hay la presencia de sujetos, conjunto de actos procesales coordinados y se tiende a la solución

9. ABAD YUPANQUI Samuel, Ob. Cit. p. 90
10. DIAZ ZEGARRA Walter A., “Derecho Procesal Constitucional en el Perú”, Lima Perú, Gráfico Horizonte S.A., 2002, p. 178

de un conflicto donde hay violación o amenaza de un derecho constitucional. En tal sentido es de aplicación supletoria el Código Procesal Civil; en cuanto se adviertan particularidades procedimentales, no contempladas por el Código Procesal Constitucional.

- **Tiene procedimiento sumarísimo.-** Es de procedimiento breve. No tiene etapa probatoria, busca restablecer el derecho vulnerado o amenazado en forma rápida. Sus términos son muy cortos, no admitiéndose articulaciones; con trato preferente por parte de los Jueces. Como expresión de la tutela de urgencia pretende neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la secuela de un proceso, como podría ser el caso del “procedimiento ordinario” o proceso de conocimiento como expresión típica de la jurisdicción ordinaria.
- **Defiende por cobertura todos los derechos constitucionales** con excepción de la libertad personal y el derecho a la intimidad personal y familiar. En los momentos fundacionales del proceso de amparo, se advierte que este mecanismo cautelaba casi todos los derechos fundamentales. En tal sentido, cumple a cabalidad con el control constitucional de las resoluciones judiciales, en cuanto este control es parte del derecho de tutela procesal efectiva.
- **Es subsidiario o residual**, por cuanto no procede cuando existen “vías procedimentales igualmente satisfactorias” del derecho constitucional vulnerado. Es de advertir que para declarar esta improcedencia del amparo: “No basta con que existan otros procesos judiciales disponibles, lo que siempre es factible, sino que estos resulten suficientemente satisfactorios para tutelar la pretensión y que el juez así lo establezca, para no crear indefensión”¹¹.

5. PRINCIPIOS JURÍDICOS APLICABLES EN EL AMPARO

- a) **Principio dispositivo o instancia de parte:** Se requiere instancia de parte para el inicio del proceso, por tanto la interposición de la demanda respectiva. Conforme con el artículo 42 del Código Procesal Constitucional se debe interponer la demanda con los datos y anexos respectivos.

Sin embargo, tengamos presente que en los procesos constitucionales se debe aplicar el principio **pro actione**. Una de esas manifestaciones, en el amparo lo constituye la contenida en el artículo 45 del Código Procesal Constitucional, según la cual, en caso de duda sobre el agotamiento de la vía

11. ABAD YUPANQUI Samuel B., y Otros; “Código Procesal Constitucional”, Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico; Tercera Edición; Editorial Grández Gráficos S.A.C; Lima 2008, p. 73 y 74

previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo. Sobre el particular el Tribunal Constitucional, ha expresado: “... se impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad a obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual, ante la duda la decisión debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción”. (STC 1049-2003-AA/TC).

- b) **Principio de agravio personal y directo:** Agraviar es causar daño; es decir menoscabo patrimonial o de distinta naturaleza debiendo considerarse las circunstancias y modo como la autoridad estatal o el particular causa daño al afectado, y por tanto titular, en principio, del derecho de acción. En aplicación de este principio y del anteriormente glosado, el Tribunal Constitucional, expresó: “Por su propia naturaleza, y a diferencia de lo que sucede con otra clase de remedios procesales constitucionales que tienen una marcada dimensión objetiva [como sucede con el proceso de inconstitucionalidad de las leyes y el conflicto entre órganos constitucionales], en el caso de los procesos constitucionales de la libertad (habeas corpus, amparo y habeas data), lo resuelto con la sentencia vincula únicamente a las partes que participan en el...[Lo] normal es que la sentencia dictada en estos procesos solo se puede oponer al “vencido” en juicio. Si un tercero, en las mismas circunstancias, agraviada por el acto, o como consecuencia de una interpretación contra constitutionem de una ley o una disposición reglamentaria, quisiera acogerse a los efectos del precedente obligatorio o a la doctrina constitucional sentada por este Tribunal Constitucional, no tendrá otra opción que iniciar una acción judicial e invocar en su seno el seguimiento de aquel precedente o de la doctrina constitucional allí contenida...” (Expediente 2579-2003-HD/TC, Fundamentos Jurídicos 18 y 19).
- c) **Principio de prosecución judicial del Amparo:** Se tramita y ejecuta por medio de procedimientos y formas de orden jurídico. Sin embargo, en atención a la naturaleza especial y preminente de los derechos fundamentales, se ha optado por concederle al amparo una tutela de urgencia satisfactiva, dado que la decisión que recaiga en el principal debe ser definitiva¹². En tal sentido se le dotó de sumarización procedimental (acortando los plazos para

12. ABAD YUPANQUI Samuel B., y Otros; Ob. Cit. p. 74.

contestar y proponer defensas de forma y para su trámite en segundo grado, se eliminó la reconvencción, el dictamen fiscal que generalmente alargaba los procesos innecesariamente, entre otros) y lo que es más importante, se empleó sumariación cognitiva (el juez decide si hay audiencia para completar su información, las pruebas son las documentales y se adjuntan a la demanda o a la contestación).

d) Principio de la definitividad del proceso de Amparo: Se extiende a la jurisdicción civil, laboral, tributaria, etc. En razón de que las normas constitucionales son desarrolladas por las normas infraconstitucionales. Al respecto, debemos tener presente puntual jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

- “[El] amparo no constituye una suprainstancia que evalúa los fundamentos que fueron materia de pronunciamiento por parte de los órganos jurisdiccionales. La función del juzgador supone un margen de apreciación, manifestada en el hecho de que en la interpretación y aplicación de las leyes tiene varias opciones, y mientras sus decisiones se encuentren dentro del margen de la racionalidad o razonabilidad, no cabe, a través del amparo, inmiscuirse en ellas. Por consiguiente, la calificación que le dé este Tribunal a la demanda debe centrarse en aspectos formales del debido proceso, lo que excluye toda posibilidad de un análisis de fondo” (Expediente 2715-2004-AA/TC, Considerando 3).
- “[Conforme] a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la vía del amparo no constituye una instancia de revisión de los procesos ordinarios, independientemente de la instancia en que hayan concluido; únicamente cabe transitar por dicha vía cuando se evidencie la afectación de los derechos relativos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, así como de los derechos fundamentales que se encuentren relacionados con ellos”. (Expediente N° 1504-2002-AA/TC), (Expediente 0442-2003-AA/TC, Fundamento Jurídico 8).
- “Si bien el artículo 200°, inciso 2) de la Constitución dispone que la acción de amparo no procede contra normas legales, debe entenderse que esta prohibición se refiere a acciones de amparo que pretendan la declaración, por parte del Tribunal Constitucional, de la inconstitucionalidad de una norma jurídica, en uso del control concentrado y con efectos erga omnes, para expulsarla definitivamente del sistema jurídico; pero que sí procede la acción de amparo, cuando su objeto es la no aplicación de una norma que se estima incompatible con la Constitución, respecto a un caso

concreto, en uso del control difuso del Tribunal Constitucional, y con efectos solo para el demandante, conforme lo dispone el artículo 3° de la Ley N° 23506” (Expediente 1311-2000-PA/TC, Fundamento Jurídico 1).

- “No procede el amparo directo contra normas cuando se trata de normas heteroaplicativas, es decir, que tienen su eficacia condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación...” (Expediente 0830-2002-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 7 y 8).
- e) Principio del Estricto derecho de las resoluciones:** En cuanto las resoluciones (Sentencias) se apegan finalmente a los términos de la demanda. (artículo 55 del Código Procesal Constitucional). En aplicación **del principio de congruencia** se impide al Juez apartarse de los hechos y de los petitorios alegados por las partes, al momento de sentenciar.

El Tribunal Constitucional ha expresado que el **principio de congruencia judicial**: “... exige al juez que, al pronunciarse sobre una causa, no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso a resolver”. (STC N° 2302-2003-PA).

6. EL PROCESO DE AMPARO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

- La Constitución de 1993 como norma sustantiva define este instituto en el artículo 200 inciso 2. La tradición jurídica acuñó el término de acción de amparo, sin embargo se trata más bien de un proceso constitucional, conforme con las líneas matrices tenidas en cuenta para la elaboración del Código Procesal Constitucional como norma adjetiva e instrumentalizadora de la Constitución: “se debe modernizar la nomenclatura clásica, adoptando la denominación de “procesos constitucionales” y dejando de lado el de “acciones” o “procesos de garantía”¹³.

En tanto, la naturaleza restitutiva y no declarativa del amparo, ha sido enfatizada por el Tribunal Constitucional: “La acción de amparo es una garantía destinada a proteger los derechos consagrados en la Constitución Política del Estado, cuyo objeto es reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o vulneración del derecho constitucional, siendo de naturaleza restitutiva y no declarativa de derechos. En ese sentido, el amparo no es un proceso constitucional mediante el cual se puede declarar un derecho ni hacer extensivos los alcances de una norma legal a quienes no están expresamente

13. ABAD YUPANQUI Samuel B y otros; “Código Procesal Constitucional Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico”; p. 105.

comprendidos en ella, razón por la cual la presente demanda deviene en improcedente” (Expediente 3533-2003-AA/TC, Fundamento Jurídico 2).

- El Código Procesal Constitucional como norma adjetiva regula este proceso en los Arts. 37 al 60. Se puede ver del listado enunciativo de derechos fundamentales, que el proceso de amparo protege la amplia variedad de derechos constitucionales, es decir, todos aquellos que no tienen protección por medio del habeas corpus y el habeas data.

Sin embargo, este listado de derechos no es cerrado, en tanto el artículo 37 inc. 25 del Código Procesal Constitucional recoge “la cláusula abierta prescrita por el art. 3 de la Constitución. Así, se tiene que la Constitución peruana tiene dos modos de reconocer derechos. De manera expresa y de modo implícito, es decir aquellos que deriven de la dignidad del ser humano, o que sin estar recogidos en la Constitución, están contenidos en las normas internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el Perú”¹⁴.

III | CAPÍTULO

DERECHOS PROTEGIDOS POR EL AMPARO

(ART. 37 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL)
Y MODALIDADES DE AMPARO

14. CASTILLO CÓRDOVA Luis; “Comentarios al Código Procesal Constitucional”; Editorial ARA Editores E.I.R.L., Lima 2004, p. 576;

1. AMPARO POR DISCRIMINACIÓN (De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole. Artículo 2 inciso 2 de la Constitución, en concordancia con el Art. 37 inciso 1 del C. P. Const.).

EXÉGESIS:

- Este principio queda expresado de modo magistral, por el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: **“La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente o a través de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos”**.

Con lo que queda entendido, que es posible diferenciar, pero está vedado discriminar, esto es, se prohíbe las diferenciaciones tendenciosas, arbitrarias que no tengan base objetiva y que resulten no razonables o desproporcionadas. Como bien expresa Javier Pérez Royo: “desde la perspectiva del Estado la igualdad constitucional no es nada más que esto. Es la prohibición de la discriminación”¹⁵.

15. PÉREZ ROYO, JAVIER; Curso de Derecho Constitucional, Barcelona España, Ediciones Jurídicas S.A; 2000. P. 325. 204.

- Fernández Segado, sostiene que el principio de igualdad de trato y de no discriminación, se proyecta sobre todos los poderes públicos y engloba a los particulares; y opera en dos planos distintos¹⁶.

1era. La igualdad a la ley es predominantemente de carácter material y confronta al legislador y al poder reglamentario, para evitar arbitrariedades en cuanto se pueda configurar supuestos de la norma para dar trato distinto e irracional a personas, que se encuentran en idéntica situación que otras, en definitiva se pretende evitar distinciones arbitrarias, inventadas o artificiosas no congruentes con los supuestos de hecho que pretenden normar.

2do. Igualdad en la aplicación de la ley de carácter formal, tiene que ver en Principio con el Poder Judicial, y para el caso nuestro, en atención al sistema mixto de control constitucional, también con el Tribunal Constitucional, y en su caso con el órgano administrativo. Se le exige al órgano jurisdiccional o administrativo que la ley sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el juzgador pueda establecer diferencias arbitrarias, tendenciosas e irracionales, es decir en base a las características de las personas o circunstancias personales o sociales ajenas a las descritas en la norma. Se protege la imparcialidad y previsibilidad en la resolución judicial, es decir la confianza razonable de que la pretensión merecerá del Juzgador idéntico tratamiento y respuesta obtenida por otros justiciables en casos similares.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1) Precedente Vinculante. STC N° 1333-2006-PA, Caso Jacobo Romero Quispe (Ratificación de magistrados – reingreso a la carrera judicial)

- **Fundamentos Vinculantes.**- 4 a 14 y 25.
- **Contenido del Precedente.**- **Un juez o fiscal que no ha sido ratificado por el Consejo Nacional de la Magistratura no puede ser impedido de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público.** La decisión de declarar al recurrente como no apto para la Convocatoria N° 002-2003-CNM-Concurso Nacional para cubrir vacantes de Vocales y Fiscales Supremos – debido a su condición de no ratificado, resulta contraria al inciso 2) del artículo 2º de la Constitución – derecho a no ser discriminado –, toda vez que asumida la tesis de que

16. FÉRNANDEZ SEGADO; "Sistema Constitucional Español, Santiago Compostela, 1992; Editorial Dikinson; p. 204.

la no ratificación no representa una sanción, ello no significa, ni puede interpretarse, como que, por encontrarse en dicha situación, el postulante se encuentra impedido de reingresar a la carrera judicial a través de una nueva postulación.

- 2) "A juicio de este Tribunal, el problema advertido por el demandante en este punto se encuadra dentro de aquello que la doctrina denomina "**discriminación indirecta**", que es aquella en la cual el trato desigual *no* se manifiesta de forma clara o evidente, razón por la cual es necesario acudir a elementos de prueba adicionales a fin de acreditar que el trato discriminatorio se ha producido.

Así por ejemplo, en el ámbito laboral, este Alto Tribunal ha interpretado que la discriminación "indirecta" u "oculta" se configura cuando "ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que estos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual". (STC N° 5652-2007-PA, Fundamento 45).

- 3) "Siendo ello así, corresponde ahora a este Tribunal añadir que, cuando la discriminación *indirecta* se funda en un criterio sospechoso o potencialmente discriminatorio, el acto u omisión que la genera debe reputarse, en principio, inconstitucional.

Al respecto, se entiende por "categorías sospechosas" o "especialmente odiosas" a aquellos criterios de clasificación que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afecta a una *presunción de inconstitucionalidad*, la cual solo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable".

- 4) En ese sentido, pues, cuando la Constitución señala en su artículo 2º, numeral 2) que "toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley" y agrega a continuación que "nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole", debe entenderse que a través de esta enumeración la Constitución no ha

hecho sino explicitar aquellos criterios que, por razones de tipo histórico o social, merecen ser tenidos como “potencialmente discriminatorios” cuando son afectados por la acción u omisión del Estado o de los particulares.

- 5) Siendo ello así, este Tribunal ha de concluir que cuando una determinada forma de discriminación, sea esta *directa* o *indirecta*, afecta el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente prohibidos por la Constitución, el juez constitucional habrá de sujetarse a las siguientes reglas: **i)** en primer lugar, será deber del demandado, y no del demandante, *probar* que dicha discriminación no se ha producido; **ii)** en segundo lugar, dicha demostración habrá de ser enjuiciada a través de un *control estricto*, con lo cual no basta con que el agresor demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la *imperiosa necesidad* de la misma; y finalmente **iii)** en caso de *duda*, el juez habrá de inclinarse por la inconstitucionalidad de la medida adoptada. (EXP. N° 2317-2010-AA/TC Fundamentos Jurídicos 31, 32, 33 y 34)
- 6) “La discriminación consiste en el trato diferenciado basado en determinados motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico que tiene por objeto o por resultado la anulación o menoscabo en el ejercicio o goce de derechos de una persona o de un grupo de personas. Los actos discriminatorios descalifican a una persona por sus características innatas o por las posiciones asumidas voluntariamente en la sociedad”¹⁷. Para calificar una conducta como discriminatoria se debe verificar la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Un trato diferenciado o desigual, esto por cuanto el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente: “El principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir obedezcan a razones objetivas y razonables”¹⁸. 2) Un motivo o razón prohibida, que esté relacionada con las características innatas de la persona (raza, origen, sexo, identidad étnica o cultural, idioma, discapacidad, condición económica o social); o con las posiciones asumidas voluntariamente por las personas en la sociedad (religión, opinión, orientación sexual). 3) Un objetivo o resultado, se requiere que el trato diferenciado basado en un motivo prohibido tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, ejercicio y goce de un derecho.

17. Defensoría del Pueblo: “La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes”. Documento de Trabajo N° 2. Lima: 2007, p. 29 y ss.

18. Tribunal Constitucional. Sentencia del 4 de julio del 2003, recaída en los Expedientes Acumulados N° 0001-2003-AI/TC y N° 0003-2003-AI/TC (Demanda de inconstitucionalidad contra el segundo y el cuarto párrafo del artículo 7° y el artículo 13 de la Ley 27755)

- 7) Debemos, precisar que la existencia de una diferente regulación normativa o de un trato distinto, derivada de la interpretación –aplicación de la ley, debe ser apreciada a la luz de la finalidad y los efectos de la medida legal adoptada sobre la materia. El establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir un resultado jurídico legítimo.

Asimismo, debe tener una intencionalidad determinada, concreta y específica, cuyo fin sea la consecución o aseguramiento de un bien o valor constitucional, o de un bien o valor constitucionalmente aceptable. Es decir, deberá asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con certeros juicios de valor generalmente aceptados. En ese sentido, no cabe hablar válidamente de un proceso diferenciador de trato cuando este se basa en supuestos de hecho o en situaciones subjetivas” (Expediente 0816-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 3).

- 8) “En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha establecido que el derecho a la igualdad, consagrado en la Constitución, no significa que siempre y en todos los casos se debe realizar un trato uniforme. El derecho a la igualdad supone tratar “igual a los que son iguales” y “desigualdad a los que son desiguales”, partiendo de la premisa de que es posible constatar que en los hechos no son pocas las ocasiones en que un determinado grupo de individuos se encuentra postergado en el acceso, en igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades.

La primera condición para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible, es la desigualdad de los supuestos de hecho. Es decir, implica la existencia de sucesos espacial y temporalmente localizados que poseen rasgos específicos e intransferibles que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo y no de otro.

Asimismo, la existencia de una diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, debiendo asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados. Se trata pues de un tema que, en la doctrina, se conoce con el nombre de discriminación inversa...” (Expediente 0261-2003-AA/TC, Fundamento Jurídico 3.3).

- 9) El artículo 26° de la Constitución expresa una pluralidad de principios de dicha naturaleza, a saber:

- **La igualdad de oportunidades**

Hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral. En puridad, plantea la plasmación de la isonomía en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley.

- **Referencia a la regla de no discriminación en materia laboral**

Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo.

Tal como se ha precisado anteriormente, la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos. La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales).

La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia.

Al respecto, el artículo 103º de la Constitución compromete al Estado a no dictar leyes por razón de las personas, sino por la naturaleza de las cosas. El artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige a dicho ente no apartarse de sus precedentes judiciales, salvo que existan razones justificadas para ello; y el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, prescribe que el Tribunal Constitucional solo podrá apartarse de sus precedentes vinculantes cuando expresa los fundamentos de hecho y derecho que sustenten la sentencia y las razones del apartamiento del precedente jurisprudencial.

La igualdad de oportunidades – en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.

En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución.

Miguel RODRÍGUEZ PIÑEIRO y Mejía FERNÁNDEZ LÓPEZ [Igualdad y discriminación. Madrid, Tecnos, 1986, p. 47] exponen que para establecer si una conducta en una empresa es discriminatoria o una diferenciación es

razonable, es necesario precisar cuándo dos situaciones reales son equiparables y cuándo sus similitudes predominan sobre sus diferencias.

La discriminación en materia laboral, strictu sensu, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes:

Por acción directa: la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad.

Tal el caso de la negación de acceso al empleo derivada de la opción política o sexual del postulante, por la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros, por su mera condición de no afiliados a una organización sindical, el despido por el solo hecho del ejercicio de las actividades sindicales, etc.

Por acción indirecta: la conducta de empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de ‘lo constitucional’, cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores.

Tal el caso, por ejemplo, de las reglas de evaluación laboral sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores.

Dichas acciones, proscritas por la Constitución, pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes:

- Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo.
- Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.).

Mediante la Ley N° 26772, modificada por la Ley N° 27270, se regulan los actos de discriminación, tanto en el acceso al empleo como en el trato de una relación laboral.

En ese contexto, se prescribe la utilización de criterios de selección que carezcan de una justificación objetiva y razonable; la adhesión a criterios de selección simultáneamente distintos, cuando las situaciones de postulación son idénticas; amén de tratos diferenciados basado en motivos de raza, sexo,

religión, opinión, origen social, etc. (Expediente 0008-2005-PI/TC, Fundamentos Jurídicos 22 y 23).

2. AMPARO POR VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE CULTOS. Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa, es el derecho a la libertad de cultos, un correlato de la libertad religiosa art. 2do Inc. 3ro de la Constitución; en concordancia con el art. 37 inc. 2 del C. P. Const.

EXÉGESIS

Son los denominados derechos de la persona, en cuanto ser “espiritual”. En su dimensión interna implica la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección. En su connotación externa conlleva la libertad de manifestar la propia religión o creencias mediante el culto y de conservar los lugares de culto; la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza.

- En un Estado aconfesional se rechaza cualquier actitud religiosa del Estado en relación con la persona, de donde surgen dos principios: el primero es el principio de libertad religiosa (que reconoce el derecho de actuar en esta dimensión espiritual del ser humano, sin amenaza de coacción por parte del Estado o de cualquier grupo social, antagonista). El segundo, es el principio de igualdad en el plano religioso (por el que las actitudes religiosas de las personas no pueden justificar diferencias de trato jurídico).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1) “La libertad de conciencia y la libertad de religión, si bien pueden confluir en algunos de sus postulados, son dos derechos de distinto contenido.

El derecho a la libertad de conciencia supone el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación sea exenta de intromisiones de cualquier tipo. El libre desarrollo de la personalidad del individuo implica que en el transcurrir de la vida la persona vaya formándose en valores o principios que den lugar a la generación de un propio cúmulo de criterios e ideas. El Estado Constitucional de Derecho resguarda que el forjamiento de la propia conciencia no conlleve perturbación o imposición de ningún orden, ni siquiera de aquellos postulados éticos o morales que cuenten con el más contundente y mayoritario apoyo social, pues justamente, una condición intrínseca al ideal democrático lo constituye el garantizar el respeto de los valores e ideas de la minoría.

Por otra parte, la libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto. Como todo derecho de libertad, el derecho a la libertad religiosa tiene una vertiente negativa, que garantiza la libertad, el derecho de cada persona para decidir en conciencia que no desea tomar parte de actos de la naturaleza antes descrita. En puridad, la libertad de conciencia está vinculada a la libertad de ideas; mientras que la libertad de religión, a la libertad de creencias.

Ambos derechos que, por lo demás, gozan de pleno reconocimiento internacional (artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros) bien pueden ser objeto de restricciones a favor de intereses superiores, como podrían ser la salvaguardia de la seguridad, la salud, la moralidad y el orden público...” (Expediente 0895-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 3).

2) “Habiéndose considerado que en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la información de esta, carecería de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere, sin necesidad de acudir a la cláusula 3° de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia” (Expediente 0895-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 6).

3) “La religión es el conjunto de creencias y dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y de normas para ajustar la conducta individual. En esa orientación, Gregorio Badén (Instituciones de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 283) sostiene que se trata de “un conjunto fundamental de creencias o dogmas sobre la divinidad, que se traduce en

una serie de convicciones de carácter metafísico que impulsan al hombre a adoptar determinados comportamientos y a cumplir con ciertos ritos acordes con aquellas creencias”. Por su parte, Máximo Pacheco (Teoría del derecho, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976) manifiesta que es potestad de profesar la confesión religiosa que cada uno considere como verdadera, así como la de sostener su creencia dentro de su entorno social.

Ninguna persona puede ser impedida de ejercer su opción de adorar a alguna divinidad, pues se trata de una de las manifestaciones de la libertad de conciencia, ya que previamente parte del reconocimiento de la existencia de una esfera reservada al individuo, en la que no cabe interferencia o intromisión alguna por parte de terceros.

Entonces, la libertad religiosa se configura como una “zona reservada” y, por tal, prohibida a la injerencia del Estado o de la sociedad. Como enfatiza Esaiah Berlin (Cuatro Ensayos sobre la libertad, Madrid, Alianza, 1998, p. 20) se trata de una libertad negativa; vale decir que, respecto a ella, el Estado debe solo limitarse a prohibir o restringir determinadas conductas (no convicciones) que atenten contra la libertad religiosa de los demás o el orden público y la moral social.

En dicho contexto, el reconocimiento y protección constitucional de la libertad religiosa comporta el establecimiento de los cuatro atributos jurídicos siguientes:

- a) Reconocimiento de la facultad de profesión de la creencia religiosa que libremente elija una persona.
- b) Reconocimiento de la facultad de abstención de profesión de toda creencia y culto religioso.
- c) Reconocimiento de la facultad de poder cambiar de creencia y culto religioso.
- d) Reconocimiento de la facultad de declarar públicamente la vinculación con una creencia religiosa o de abstenerse de manifestar la pertenencia a alguna.

Es decir, supone el atributo de informar, o no informar, sobre tal creencia a terceros.

El reconocimiento de la profesión religiosa genera, por derivación, los derechos a practicar los actos de culto y a recibir la asistencia religiosa de la propia confesión; a conmemorar las festividades y a celebrar los ritos matrimoniales; y a recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole de acuerdo con las propias convicciones. De acuerdo con dichas facultades se generan los principios de inmunidad de coacción y de no discriminación.

El principio de inmunidad de coacción consiste en que ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas; es decir, que no podrá ser obligada o compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones. Tal exención alcanza al ateo o al agnóstico, que en modo alguno puede ser apremiado a participar en alguna forma de culto, o a comportarse en coincidencia con los ritos y prácticas derivados de un dogma religioso, o a prestar juramentos bajo dichas formas y convicciones.

Javier Saldaña (“Libertad religiosa y pluralidad religiosa”, en Derechos Fundamentales y Estado, Memoria de VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas [Serie: Doctrina Jurídica N° 96], 2002, p. 666) expone, que, conforme a este principio “nadie debe ser objeto de coacción que puede menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección”. El Estado no puede prohibir que las personas actúen o dejen de actuar de conformidad con sus creencias religiosas, mientras no perjudiquen ni ofendan a terceros, o quebrante el orden político o la moral social. Dicha consideración es, también, válida para los creyentes.

La inmunidad de coacción implica que la conducta de las instituciones estatales deben de estar predeterminada; tal cuestión ya había sido concebida por Thomas Jefferson en el Proyecto para la Libertad Religiosa (Estado de Virginia, 1786) en los siguientes términos: “Que el magistrado civil se inmiscuya con los poderes de la opinión, para restringir la profesión o propagación de principios, por una supuesta tendencia maligna, es una peligrosa falacia que destruye la verdadera libertad religiosa”; y “que es tiempo para los propósitos correctos del gobierno civil y que sus funcionarios intervengan solo cuando los principios se tornan en actos abiertos contra la paz y el buen orden”.

El principio de no discriminación establece la proscripción de un trato que excluya, restrinja o separe, menoscabando la dignidad de la persona e impidiendo el pleno goce de los derechos fundamentales. Este aplicable a la diferenciación no justificable en el ámbito laboral, educativo, etc., o al

desempeño de cargos o funciones de naturaleza pública que estén condicionados a la adhesión o no adhesión a una filiación religiosa.

La libertad religiosa se configura como un derecho individual y colectivo, pues se predica tanto de la persona en sí misma como de la pluralidad de ellas asociadas en una Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa. En este último caso se expresa en el derecho a establecer lugares de culto, a formar y nombrar operadores religiosos, a divulgar y propagar la fe de la asociación religiosa, etc.

La libertad religiosa no solo se expresa positivamente en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicar. En ese contexto aparece la libertad de culto, entendida como la atribución que tiene toda persona para ejecutar actos y participar en ceremonias representativas vinculadas con su creencia religiosa. Así, formada la convicción religiosa, la fe trascendente el fuero interno del creyente y se manifiesta socialmente, percibiéndose como la facultad de la concurrencia a lugares de culto y la práctica de los ritos de veneración o adoración a “su” divinidad, e incluso como la adopción de determinadas reglas de trato social (saludo, vestimenta, etc.). La existencia del culto religioso apareja la posibilidad de poder erigir construcciones sacras, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos, la observancia de las fiestas religiosas y hasta la prerrogativa de solicitar y recibir contribuciones de carácter voluntario” (Expediente 3283-2003-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 15 a 21).

- 4) “El artículo X del Acuerdo suscrito entre la Santa Sede y la República del Perú establece que la Iglesia Católica y sus jurisdicciones y comunidades religiosas, continuarán gozando de las exoneraciones y beneficios tributarios que les otorgan las leyes y normas legales vigentes. Ello importa que, si transgreden la normatividad vigente, pueden ser pasibles de sanción o multa, pues esta última no es considerada tributo, según establece en la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario aprobado por el Decreto Legislativo N° 816...” (Expediente 1202-2002-AA/TC, Fundamento Jurídico 2).
- 5) “Dentro de un Estado aconfesional la relación entre el cuerpo político y las iglesias surgidas del reconocimiento al pluralismo religioso se rige por el principio de incompetencia recíproca; vale decir que, de un lado, el Estado reconoce la existencia de ‘espacios’ en la vida de las personas en los que le está vedado regular y actuar. De manera concordante, las Iglesias aceptan como valladar ético y jurídico la intervención institucional en asuntos propiamente estatales.

Al respecto, Robert Audi [Trad. “La separación de la Iglesia y el Estado y las obligaciones de los ciudadanos”, en Filosofía y Asuntos Públicos, EE. UU., 1989, Volumen 18, N° 3, pp. 259 y ss.] Sostiene que en esos Estados existe la denominada separación institucional, según la cual el cuerpo político no debe interferir en las cuestiones religiosas e, idénticamente, las Iglesias u otras instituciones de la misma naturaleza no deben interferir en cuestiones políticas.

En el mismo rango de ideas, Jorge de Estelson y Pedro J. González Trevijano (Curso de Derecho Constitucional Español, Madrid, Rumograf, 1993, T. II, p. 56) definen al Estado aconfesional como aquel en donde no existe una religión oficial y que permite la existencia de varias, pero en el que se reconoce la especial colaboración del Estado con una de ellas, que es la preponderante.

En dicha modalidad estatual queda asignada la atribución personal de alcanzar como finalidad sustancial, según las propias convicciones de conciencia aceptando o negando la existencia de un Dios, la plenitud espiritual incondicionada. Por ende, se niega al poder político la facultad de afirmar una verdad teológica, aunque este puede reconocer el papel histórico, social o cultural desempeñado por una Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa a favor de la institucionalización y desarrollo de dicha sociedad política [...]. Empero, no puede soslayarse que la religión católica ha sido y es la fe tradicional del pueblo peruano –la cual por varias razones se articula a nuestro concepto mismo de nación– y ha determinado que el artículo 50° de la Constitución establezca, como un reconocimiento a su raigambre institucional, que ‘Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú y le presta su colaboración’.

Tal colaboración se formalizó a través del Concordato con la Santa Sede de 1980, en el se establece un régimen especial que rige las subvenciones para personas, obras y servicios de la Iglesia, amén de las exoneraciones, beneficios y franquicias tributarias; la plena libertad para el establecimiento de centros educativos bajo administración eclesial; la asignatura de religión como materia ordinaria en el currículo escolar, entre otros acuerdos. Asimismo, establece, entre otras formas de colaboración, el compromiso de prestación religiosa para el personal católico de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a través de un vicario castrense, y de servicios religiosos para los fieles de dicha confesión internados en centros hospitalarios, tutelares y penitenciarios del Estado.

No obstante, el deber de colaboración estatal a favor de la Iglesia Católica como reconocimiento del importantísimo papel que tuvo en la formación histórica, cultural y moral del país, no supone que se permita la invasión a la esfera de otras creencias o maneras de pensar, pues de ser así no tendría sentido que la propia Constitución proclame una libertad que luego se esforzaría en neutralizar.

Este Colegiado considera que, aun cuando existiesen costumbres religiosas arraigadas en nuestra colectividad, ello no significa que el Estado, en sentido lato, esté facultado para establecer prohibiciones a conductas no compatibles con los dogmas y ritos católicos; claro está, siempre que tales comportamientos no ofendan a la moral pública ni transgredan el orden público” (Expediente 3283-2003-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 22 a 25).

3. AMPARO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. De información, opinión y expresión (prescrito en el artículo 2do inciso 4to de la Constitución; en concordancia con el art. 37 inc. 3 del C. P. Const.)

EXÉGESIS

Derecho a la libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social. La libertad de expresión está referida al individuo que comunica a otros sus ideas. La libertad de información tiene perfiles muy nítidos de un auténtico derecho social, pues compromete a toda la sociedad.

Así como sin libertad de residencia y circulación no cabe la posibilidad de una comunicación física libre entre los individuos. Del mismo modo sin **las libertades de expresión**, de creación artística o de transmitir y recibir información, no habría comunicación intelectual libre. El Proceso de comunicación física e intelectual está claramente conectado. Unas libertades exigen las otras¹⁹.

La libertad de expresión es el derecho a través del cual se proyecta inicialmente la libertad ideológica en su connotación positiva: expresar con libertad los propios pensamientos e ideas. Es atributo fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que los protege frente a cualquier interferencia de los poderes públicos.

19. PÉREZ ROYO Javier; Ob. Cit. p. 424.

El Tribunal Constitucional español ha establecido una diferenciación entre la libertad de expresión y la libertad de información. Así, la primera garantiza la emisión y difusión de opiniones y juicios de valor, por tanto debido a su naturaleza abstracta no son susceptibles de prueba o de una demostración de exactitud. Esto conlleva a que la libertad de expresión carezca de límites intrínsecos que constitucionalmente si los tiene el derecho a la información, consistente, en la veracidad. En efecto, la libertad de información garantiza la transmisión de datos y hechos susceptibles de ser confirmados, por tanto pasibles de ser sometidos a un criterio de veracidad.

También, se observa que la libertad de expresión es, por lo general, una libertad de todos que se ejerce sin intermediarios institucionalizados, los ciudadanos hacemos uso directo de esta frecuentemente. En nuestras vinculaciones con los demás emitimos opiniones y juicios de valor sobre personas o sobre acontecimientos, en ese sentido este es un derecho que tiene mayor amplitud que el derecho a la información, cuyo ámbito de acción es más reducido, pues a pesar de ser un derecho de todos, en su manifestación activa, se ejerce, por lo general, por titulares privilegiados, los periodistas y a través de medios de comunicación institucionalizados.

La problemática surgida a partir del ejercicio de la libertad de expresión tiene que ver fundamentalmente con situaciones jurídicas particulares, como puede ser la relación contractual entre empresario y trabajador; entre miembros de las fuerzas armadas y fuerzas policiales respecto de su comando; entre los jueces y el órgano de dirección o consejo ejecutivo. En todas estas situaciones jurídicas cabe un ejercicio del derecho de la libertad de expresión, claro está, con mesura, es decir, un ejercicio racional y responsable de este atributo fundamental.

En cuanto a los límites de la libertad de expresión. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19.3, señala:

“El ejercicio de este derecho entraña deberes y responsabilidades especiales y por lo tanto pueden estar sujetas a restricciones establecidas por ley y que sean necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas”.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) “[Las dimensiones de la libertad de información son: a) el derecho de buscar o acceder a la información, que no solo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, sino, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no solo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información. b) la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente. La titularidad del derecho corresponde a todas las personas y, de manera especial, a los profesionales de la comunicación. El objeto protegido, en tal caso, es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública...]” (Expediente 0905-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 11).

4. AMPARO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE LIBRE CONTRATACIÓN (artículo 2do Inc. 14 de la Constitución; en concordancia con el art. 37 inc. 4 del C. P. Const.).

EXÉGESIS

Solo se contrata con fines lícitos, y sin contravenir las leyes de orden público. En cuanto al contrato se tiene que: “... es un acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que los suscriben. El contrato es un tipo de acto jurídico en el que intervienen dos o más personas y está destinado a crear derechos y generar obligaciones. Se rige por el principio de autonomía de la voluntad, según el cual, puede contratarse sobre cualquier materia no prohibida. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y las obligaciones que nacen del contrato tienen fuerza de ley entre las partes contratantes”²⁰.

Respecto a la libertad de contratar, el Tribunal Constitucional, sostiene que: “... este elemento se sustenta en el principio de la autonomía de la voluntad, que tiene un doble contenido: a) la libertad de contratar – consagrada en los arts. 2º inc. 14 y 62 de la Constitución Política del Perú – llamada también

20. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General Comentarios en la Sección 1era del Libro VII del Código Civil. Lima Perú 1993; 1era Edición; PUCP. P. 41.

libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y 2) la libertad contractual, también conocida como la libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato”. (Exp. 2185-2002-AA/TC F.J. 2).

Como quiera que los derechos no son absolutos e ilimitados, la libertad de contratar tiene también límites, concebidos como fronteras internas. Así quedó establecido en el (Exp. 858-2003-AA/TC F.J. 22). “Para el Tribunal Constitucional es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales...”

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) “El artículo 2º, inciso 14), reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público. Por consiguiente, y a despecho de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no solo por límites explícitos, sino también implícitos: límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos...” (Expediente 2670-2002-AA/TC, Fundamento Jurídico 3)
- 2) “La libertad de contratar se encuentra regulada en el artículo 62º de la Constitución, el cual señala que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes o disposiciones de cualquier clase, debiendo resolverse los conflictos derivados de la relación contractual a través de la vía arbitral o la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el propio contrato o en la ley...” (Expediente 289-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 1)

- 3) “Para el Tribunal Constitucional es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano...” (Expediente 858-2003-AA/TC, Fundamento Jurídico 22)

5. AMPARO POR DERECHO A LA LIBRE CREACIÓN ARTÍSTICA, INTELECTUAL Y CIENTÍFICA (Art. 2do inc. 8 de la Constitución; en concordancia con el art. 37 inc. 5 del C. P. Const.).

EXÉGESIS

Es cláusula operativa de inmediata y total vigencia, con la sola promulgación de la norma fundamental. La ciencia es universal y no conoce de ideologías. (Artículo 2do Inc. 8 de la Constitución).

Este derecho constituye una concreción de la libertad de expresión²¹. No solo se protege, en específico, la creación, sino que se garantiza, también, su difusión, es decir la posibilidad de que la colectividad pueda conocer la obra creada.

Históricamente hablando, la libertad en el ejercicio de la creación literaria, artística, científica y técnica ha sido sumamente polémica hasta época muy reciente. Prácticamente hasta después de la Segunda Guerra Mundial²². Revisar la historia de la creación literaria y científica antes de esa fecha es advertir una serie de limitaciones al ejercicio de esta libertad.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) “El artículo 217° del citado Código Penal establece que será reprimido con pena privativa de la libertad el que reproduce total o parcialmente, por cualquier medio o procedimiento, una interpretación o ejecución artística, una emisión o transmisión de radiodifusión, o una grabación audiovisual –entre otras– ‘sin la autorización previa y escrita del autor o titular de los derechos’. Siendo la APDAYC, [...] entidad que representa los derechos de autor de

21. FERNÁNDEZ SEGADO. Ob. Cit; p. 334.

22. PÉREZ ROYO Javier; Ob. Cit. p. 429.

una gran cantidad de compositores nacionales e internacionales, esta puede ejercer la defensa de los derechos de aquellos a quienes representa. Por lo tanto, si el ejercicio de esta defensa lo realiza mediante una carta notarial, ello no implica una amenaza de los derechos constitucionales del destinatario de la carta...” (Expediente N° 0140-2001-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 2 y 3).

6. AMPARO POR LA INVIOABILIDAD Y SECRETO DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS Y DE LAS COMUNICACIONES (Constitución art. 2 inc. 10, en concordancia con el art. 37 inc. 6 del C. P. Const.)

EXÉGESIS

Este derecho encuentra su antecedente histórico en la Inviolabilidad de la Libertad y el secreto de correspondencia que ya se conocía en la revolución francesa. En 1970, la Asamblea Nacional, proclamaba el principio en estos términos: “Le secret des lettres est inviolable”²³

- Constitucionalmente hablando se entiende que se garantiza, en propiedad, la libertad de las comunicaciones y no solo al secreto de las comunicaciones.

- Este derecho está integrado por cuatro elementos²⁴

1. **La finalidad**, el derecho posee eficacia erga omnes, es decir se garantiza la impenetrabilidad de las comunicaciones por terceros (sean públicos o privados) ajenos a un proceso comunicacional.
2. **Contenido constitucionalmente protegido**, es el secreto de las comunicaciones. En ese sentido cualquier intercambio de comunicación entre dos a más sujetos, por el medio que sea, está protegido por el secreto, por tanto estamos frente a una presunción iuris et de iure de que lo comunicado es “secreto” en un sentido sustancial.
3. **Respecto al elemento subjetivo**, si se tiene que lo comunicado es por definición secreto, resulta claro que la vulneración del derecho únicamente se puede producir por un tercero ajeno a la comunicación. Para el caso de que la comunicación sea revelada por quien participa en el proceso comunicativo, puede estarse, dependiendo de las circunstancias, frente a una violación de la intimidad.

23. FERNÁNDEZ SEGADO. Ob. Cit; p. 228.

24. PÉREZ ROYO Javier; Ob. Cit. p. 408.

Respecto de la intervención de las comunicaciones por resolución judicial, debe cumplirse con un mínimo de requisitos:

1. Que la resolución tenga fundamento en una ley (reserva de la ley).
2. Que se expresen de todos y cada uno de los presupuestos, medios y condiciones de intervención.

El tribunal constitucional español ha interpretado que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (aprehensión física del soporte del mensaje, independientemente de que el mismo se conozca o no), como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)²⁵

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) “El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones se encuentra reconocido en el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución, e impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello. Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia erga omnes, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación.

El concepto de ‘secreto’ e ‘inviolabilidad’ de las comunicaciones y documentos privados, desde esa perspectiva, comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello.

Al Tribunal Constitucional no le cabe ninguna duda dentro de la garantía del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones se encuentran comprendidos también los recibos por los servicios públicos. De manera que es inconstitucional, prima facie, que estos se intercepten y, sin contarse con la autorización de su destinatario, se acceda a su contenido, como lo ha admitido la emplazada...” (Expediente 2863-2002-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 3 y 4).

25. FERNÁNDEZ SEGADO. Ob. Cit; p. 221.

7. AMPARO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE REUNIÓN (Artículo 2do Inc. 12 de la Constitución)

EXÉGESIS

Es un típico derecho de relación y regulable por la autoridad. Se distingue las reuniones llevadas a cabo en locales privados o abiertos al público que no requieren aviso previo. En tanto las que se convocan en plazas y vías públicas si lo requieren.

- El derecho de reunión debe analizarse desde una doble vertiente, según se ejerza ya sea en lugares cerrados (derecho de reunión propiamente dicho); o en lugares públicos en este supuesto podemos distinguir entre las reuniones de carácter estático (concentraciones) y aquellos en los que sus integrantes se desplazan por lugares de tránsito público (manifestaciones)²⁶
- El derecho de reunión se presenta como un **derecho subjetivo del ejercicio colectivo**, siendo sus elementos configuradores los siguientes²⁷:
 1. **Elemento Subjetivo**, conformado por una agrupación de personas, cuyo rasgo característico y diferencial es ser una **concurcencia concentrada**. Por tanto la mera aglomeración o confluencia de transeúntes en torno a una mesa petitoria, no comporta el elemento subjetivo de toda reunión.
 2. **Elemento Finalista**, se tiene por propósito fundamental la exposición o intercambio de ideas y opiniones entre los participantes con una finalidad lícita. Esto encierra una diferencia con las reuniones de mera presencia de personas para asistir a espectáculos culturales o deportivos.
 3. **Elemento Temporal**, el derecho de reunión tiene duración transitoria. Por tanto se distingue de la pura confluencia circunstancial de personas; como de la vinculación más prolongada e intemporal objeto del derecho de asociación.
 4. **Carácter Público**, que caracteriza a las reuniones con relevancia jurídica es que su convocatoria se haga a favor de personas en principio indeterminadas. Por tanto, se excluye aquellos supuestos en los que dicha convocatoria se produce de forma normal o mediante invitación personalizada (reuniones familiares, cenas de homenaje, etc).

26. PÉREZ ROYO Javier; Ob. Cit. p. 448.

27. FERNÁNDEZ SEGADO. Ob. Cit; p. 373.

5. **Elemento Especial**, determinado por el lugar donde se celebra la misma. Esto sirve para diferenciar los distintos tipos de reunión y su correspondiente regulación jurídica. Dejamos precisado que la problemática del derecho de reunión se da exclusivamente en las reuniones que se convocan en plazas y vías públicas.

Respecto de aquellas limitaciones o requisitos constitucionales, para las reuniones que se convocan en plazas y vías públicas. Esto es **el anuncio anticipado a la autoridad respectiva**, debido a que el ejercicio del derecho de reunión puede colisionar con los derechos e intereses de otros ciudadanos, o en su caso la posibilidad que se pueda alterar el orden público. Este anuncio no es equiparable a una solicitud de autorización de la reunión, es solo para poner en conocimiento de la autoridad administrativa la celebración de la reunión para que se adopten las medidas pertinentes. No obstante, el incumplimiento de este deber de preaviso faculta a la autoridad para prohibir el ejercicio de tal derecho, sobretodo cuando existen **motivos probados o razones de seguridad o de sanidad pública**. Por tanto no es la alteración del orden público (entendido de manera abstracta) sino una alteración entendida como peligro concreto para las personas y bienes. El otro límite de orden consustancial al derecho tiene que ver con que la reunión debe ser pacífica y sin armas, caso contrario quienes acudan armados o con la finalidad de realizar actos vandálicos en locales cerrados o en lugares de trámite público, están al margen del derecho de reunión y conforman reuniones ilícitas tipificadas por las leyes penales respectivas.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

- 1) **Precedente Vinculante. STC N.º 4677-2004-PA, Caso Confederación General de Trabajadores del Perú – CGTP** (Derecho de reunión)
- **Fundamentos Vinculantes.**- 15º literal e) y 18º.
 - **Contenido del Precedente.**- Eficacia inmediata del derecho de reunión (fundamento 15º literal e). Reglas para prohibir o restringir el derecho de reunión (fundamento 18º).
- 2) “El Derecho de reunión puede verse limitado (sin afectar su núcleo duro o suprimirlo) pero el poder punitivo del Estado tiene límites impuestos por la Constitución. No puede ser arbitrario ni excesivo. Debe ser congruente con los principios constitucionales y razonablemente proporcionado no solo al hecho delictivo, sino también al bien jurídico protegido, por eso, no solo el

delito debe estar claramente tipificado en la ley, de manera detallada y explícita, sino además, el bien jurídico protegido debe ser delimitado claramente, a fin de impedir que ciertos actos sean calificados o tipificados equívocamente por el juzgador, con las consecuencias de un proceso indebido y una pena injusta...”(Expediente 0005-2001-AI/TC, Fundamento Jurídico 2)

8. **AMPARO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD, VOZ, IMAGEN Y RECTIFICACIÓN DE INFORMACIONES INEXACTAS O AGRAVIANTES; (Art. 2do Inc. 7 de la Constitución, en concordancia con el Art. 37 inc. 8 del C. P. Const.)**

EXÉGESIS

Estos atributos de la persona han sido incorporados recientemente por el Código Procesal Constitucional como protegidos mediante el Amparo.

Son los denominados derechos de la personalidad, constituyen instrumentos derivados de la dignidad de la persona y sirven para la preservación de la autonomía de cada persona en sus relaciones sociales. Se contraponen a las libertades de expresión y de libre comunicación o recepción de información veraz, en cuanto son límites de estas.

Cuanto más democráticos son la sociedad y el Estado, más necesarios son los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. Por eso habría que decir que más que derechos del siglo XX han sido derechos de la segunda mitad del siglo XX. Y que van a ser todavía mucho más importantes en el siglo XXI²⁸.

Derecho al Honor

El derecho al honor es un derecho personalista, en el sentido de que el honor es un valor atribuible a personas individualmente consideradas. El contenido de este derecho es cambiante y depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en su momento. El ejercicio del derecho al honor mas que por definición se materializa a partir de las denominadas **“intromisiones ilegítimas”** con remisión a tres conceptos jurídicos indeterminados: dignidad, fama y reputación.

28. PÉREZ ROYO Javier; Ob. Cit. p. 389.

Se distinguen dos tipos de “**intromisiones ilegítimas**” en el derecho al honor: la imputación de hechos (los hechos son verificables, por tanto se pueden estimar como verdaderos o falsos) y la expresión de juicios de valor (por definición inverificables). Así, para que la imputación de un hecho constituya intromisión ilegítima al derecho al honor, esta debe ser falsa. En contrario, si la imputación se verifica como cierta no habrá intromisión ilegítima en el derecho al honor pero sí se puede producir una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad o la propia imagen.

Derecho a la Intimidad

El derecho a la intimidad, es un atributo fundamental elástico, de contenido variable, que no puede ser delimitado con carácter general de manera apriorística, sino que tiene que ser delimitado en su contenido de manera casuística, en atención a las respuestas dadas a los problemas planteados²⁹. Es aquel ámbito propio y reservado que la persona quiere mantener así, lejos de la acción y conocimiento de los demás, necesario, según los patrones de nuestra cultura, para mantener una expresión digna de vida.

En el ámbito de protección de este derecho no interesa que la imputación de un hecho sea veraz o no. La veracidad del hecho, por el contrario, si es consustancial al derecho al honor. El derecho a la intimidad resulta vulnerado por la imputación de un hecho pasible de ser integrado en la esfera íntima y personal; el presupuesto necesario para la configuración de la violación a la intimidad es el no consentimiento del titular del derecho. Dejamos establecido que el derecho a la intimidad protege la intimidad en todos sus aspectos y no solo la intimidad “informativa”.

Se puede considerar como intromisiones ilegítimas al derecho a la intimidad:

Obtención de Información.- Configurar intromisiones ilegítimas por ejemplo el uso de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o cualquier otro medio que resulte idóneo para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

Divulgación de Información.- Por ejemplo la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten su reputación y buen nombre. También la revelación o publicación de cartas, memorias u otros escritos de carácter íntimo.

29. PÉREZ ROYO Javier; Ob. Cit. p. 399.

El Quebrantamiento de la Confianza.- Por ejemplo la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través del ejercicio profesional. La intromisión ilegítima se configura, por la desviación del fin para el que se suministró la información.

No se configuran como intromisiones ilegítimas aquellas en las que predomine un interés, científico y cultural; otras derivadas de deberes constitucionales de tributación, por ejemplo; otras surgidas de deberes y relaciones jurídicas regulares como puede ser las pruebas de paternidad.

Derecho a la Propia Imagen

Es un derecho complementario del derecho a la intimidad, forma parte de los derechos de la personalidad, en ese sentido garantiza el ámbito de libertad de una persona proyectada en sus atributos más característicos como son: la imagen física, la voz, el nombre. Este atributo del ser humano se protege, a través de la regulación de las denominadas “**intromisiones ilegítimas**”; por ejemplo la captación, reproducción por fotografía o cualquier otro procedimiento técnico, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada; la utilización del nombre, de la voz, de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales, sin la autorización del titular.

Derecho de Rectificación

Básicamente es un mecanismo compensatorio para atenuar los rigores o excesos que podrían derivar del ejercicio de la libertad de información particularmente ejercida, en posición prevalente, por los profesionales de la comunicación a través de los medios de comunicación social.

El Tribunal Constitucional, en cuanto rectificación de informaciones inexactas o agraviantes; estableció, mediante precedente vinculante, expedido en el marco de la Sentencia N° 3362-2002-PA (Caso Prudencio Estrada Salvador), los tipos de medios y presupuestos en los que cabe ejercer el derecho de rectificación.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) **Precedente Vinculante. STC N° 3362-2004-PA, Caso Prudencio Estrada Salvador (Derecho de rectificación).** En cuanto a informaciones inexactas o agraviantes, mediante precedente vinculante, expedido en el marco de la **Sentencia N° 3362-2004-PA, Caso Prudencio Estrada Salazar.** El Tribunal Constitucional estableció como fundamentos vinculantes:

- **Contenido del Precedente**

a) Tipos de medios respecto a los cuales puede solicitar la rectificación Se precisa que cabría rectificación no solo respecto a las informaciones en aquellos medios de comunicación masiva comúnmente denominados de comunicación social, sino también en los que permiten la transmisión de noticias, datos o informes a un indeterminado número de personas, con carácter masivo. (como podría suceder con un correo electrónico o en una página web)

b) Presupuestos en los que cabe ejercer el derecho de rectificación

1. **En caso de información falsa o inexacta.**- Es decir solo se podría solicitar cuando la información publicada o difundida no corresponde en absoluto con la verdad (falsedad) o solo cuando se ajusta solo en parte a ella (inexactitud). Así se tiene que por definición rectificar es contradecir, rebatir o impugnar con argumentos o razones lo que falsa o inexactamente se ha informado y que afectó a la persona. En tal efecto se precisa que se tiene el derecho de rectificar el error, aun cuando no existiera dolo o culpa del periodista.
2. **Honor agraviado.**- El honor, sobre la base de la dignidad humana, es la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales. El honor forma parte de la imagen del ser humano, constituye un derecho fundamental, por tanto se debe proteger a su titular contra el escarnio o la humillación, ante sí o ante los demás, incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión o información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso puede resultar injuriosa o despectiva.

Para que pueda ser ejercido el derecho de rectificación, debe existir un elemento afectante del honor de una persona, la prueba de este hecho, que no requiere una declaración judicial previa, debe basarse en los medios objetivos presentados por quien los reclame y que deben ser explicados en el requerimiento que exhiba ante el medio de comunicación. Por lo tanto para hacer el pedido de rectificación no es necesario, ni menos aun exigible, que se haya comprobado previamente el daño al honor de las personas. Basta tan solo con una apariencia de la vulneración.

3. **Gratuidad, inmediatez y proporcionalidad de la rectificación.** Como requisito de procedibilidad (vía previa) de conformidad con el artículo 2do de la Ley N° 26847, el ejercicio del derecho de rectificación deberá canalizarse

previamente mediante solicitud cursada por conducto notarial, la que deberá realizarse dentro de los quince días naturales posteriores a la publicación difusión que se proponga rectificar.

- c) **Respecto de la gratuidad.** El acto de rectificación debe ser completamente gratuito para quien se ve afectado, no debiéndose, por tanto, abonar al medio de comunicación monto alguno por concepto de la publicación o emisión en si.
- d) **En cuanto a la forma, la rectificación debe ser proporcional respecto del mensaje agresivo.** Para el caso de una rectificación escrita, la rectificación deberá publicarse íntegramente, sin intercalaciones, en la misma página y con características similares a la comunicación que lo haya provocado o, en su defecto, en un lugar destacado de la misma sección. Tratándose de radio o televisión la rectificación tendrá que difundirse en el mismo horario y con características similares a la transmisión que la haya motivado, la rectificación se efectuará el mismo día de la semana y, de ser el caso, a la misma hora en que se difundió el mensaje que origino la violación del derecho fundamental al honor, lo que se pretende es que la rectificación se difunda con un mensaje que contenga el mismo peso periodístico que el original cuestionado, siempre en términos respetuosos y convenientes.
- e) **En cuanto al obligado la rectificación** entendida como obligación recae en cualquier medio de comunicación. Conforme al artículo 2 de la Ley 26775 señala que será responsable de cumplir con la rectificación, el director del órgano de comunicación y, a falta de este, quien haga sus veces.
- f) **En cuanto a la forma de realizar la rectificación.** Caben dos posibilidades 1ro. Que sea el propio medio el que lo rectifique, según sus parámetros con la salvedad de que el agraviado señale expresamente lo contrario en su solicitud. 2do. Que el propio afectado proponga la forma en que se produzca la rectificación, sin hacer en ejercicio abusivo de su derecho en concordancia con lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley N° 26775.
- g) **En caso de negativa, por parte del medio agresor** o si la inserción de la rectificación no satisface al afectado, cabría la posibilidad de presentar una demanda de amparo por violación del derecho a la rectificación; en tal caso será el Juez Constitucional el que determine

cuáles son los parámetros que debe utilizar el medio para la rectificación, haciendo uso, de ser necesario, de los apremios que franquea la ley en caso de incumplimiento.

9. AMPARO POR VIOLACIÓN AL DERECHO DE ASOCIACIÓN (Art. 2do Inc. 13 de la Constitución, en concordancia con el art. 37 inc. 8 del C. P. Const.)

EXÉGESIS

Protege la libertad de asociación de las personas, de modo permanente y organizado para la consecución de un fin. Este fin puede ser altruista, cultural, fraternal, gremialista, económico, etc. Es norma común que no se puede coaccionar a nadie para que forme parte de una sociedad o de una asociación. Existe por tanto el derecho de salir o permanecer en la asociación.

Históricamente hablando, refiere Javier Pérez Royo “Asociarse para ganar dinero nunca se ha considerado sospechoso. La desconfianza se produce respecto de la asociación sin ánimo de lucro. La inquina al ejercicio del derecho de asociación lo era contra el ejercicio de dicho derecho en su vertiente política y, sobre todo, sindical”³⁰. Hoy los partidos políticos y sindicatos constituyen un tipo de asociaciones singulares y diferenciadas con reconocimiento autónomo en los textos constitucionales.

El derecho de asociación tiene una doble connotación por un lado, una libertad positiva de asociación (de crear asociaciones con fines privados) por otro lado una libertad negativa (de no asociarse, pues la coacción u obligación para asociarse no califica como auténtica asociación).

La titularidad del derecho de asociación corresponde a personas nacionales como extranjeros, tiene además una vertiente colectiva que se extiende fuera de la órbita de las personas físicas que la conforman.

En cuanto a la inscripción registral de la asociación, se tiene que el derecho de asociación es previo a cualquier registro público, y se ejerce, en principio al margen del mismo. La obligación registral solo cuenta a efecto de la adquisición de la personalidad jurídica. Así la publicidad registral consagra a la asociación como algo distinto de los individuos que la conforman. La inscripción registral es un “plus” y no un “prius” respecto de la asociación³¹.

30. PÉREZ ROYO Javier; Ob. Cit. p. 458

31. FERNÁNDEZ SEGADO; Ob. Cit. p. 390.

Respecto del ejercicio ilegítimo del derecho de asociación, esto es en cuanto a las asociaciones ilícitas. El art. 317 del Código Penal tipifica la modalidad ilegal de organización de dos o más personas destinadas a cometer delitos (Asociación ilícita). En general son punibles las asociaciones ilícitas que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas promuevan su comisión. Igualmente, están al margen de la ley las asociaciones que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o colectivos por razón de su ideología, religión o creencias.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) En la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03574-2007-PA/TC caso Club Deportivo Wanka, contra la Federación Peruana de Fútbol, por violación del derecho de asociación precisó “En la STC N° 0004-1996-AI, este Tribunal estableció que el derecho de asociación se encuentra reconocido en el artículo 2°, inciso 17), de la Constitución, en tanto reconoce a la asociación como persona jurídica; y, a título de garantía institucional, en el inciso 13) del mismo artículo de la Norma Fundamental. Por su parte, en las STC N° 1027-2004-AA y 4241-2004-AAC se volvió a recordar que entre las facultades del derecho de asociación se encuentran las de asociarse, ya sea como libertad para constituir asociaciones o de pertenecer a ellas libremente, la de no asociarse, la de desafiliarse de una a la que se pertenezca y esté previamente constituida o, incluso, la de no ser excluido arbitrariamente (Fundamento Jurídico 46). Dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación también se encuentra la facultad de que la asociación creada se dote de su propia organización, la cual se materializa a través del Estatuto. Tal Estatuto representa el *pactum associationis* de la institución creada por el acto asociativo y, como tal, vincula a todos los socios que pertenezcan a la institución social. (Fundamento Jurídico 47)
- 2) “Conforme se desprende del propio texto de la disposición aludida, no toda organización jurídica queda comprendida en el supuesto protegido por la norma, sino solo aquellas que carezcan de fin lucrativo y siempre que hayan sido constituidas y ejerzan sus actividades conforme a ley. Por otra parte, este Colegiado considera que cuando la norma establece que el derecho puede ser ejercido “sin autorización previa”, no solo pretende instaurar una garantía individual, sino también una de índole social, pues se entiende que el caso de las organizaciones cuyo funcionamiento, dado el especial interés público que reviste su objeto, requiera del previo consentimiento del Estado,

se encuentran fuera de la protección de la disposición in comento. Desde luego, corresponderá en cada caso determinar la razonabilidad y proporcionalidad al establecerse la necesidad de la previa autorización, a efectos de que esta no se convierta en una herramienta estatal para escapar de la protección que la Constitución brinda al derecho de asociación...” (Expediente 011-2002-AI/TC, Fundamento Jurídico 4)

- 3) “El derecho de asociación, previsto en el inciso 13) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, consiste en la libertad que tienen las personas para reunirse entre ellas con un objetivo en común; comprende no solo el derecho de asociarse, sino también el derecho de establecer la organización propia del ente constituido, y la delimitación de sus finalidades con sujeción a la Constitución y las leyes.

En ese sentido, este Tribunal estima que el hecho de que la emplazada, en ejercicio de sus atribuciones, haya expedido los dispositivos cuestionados, a efectos de regular el comercio ambulante y, en particular, el ejercicio de la actividad de cambista, no implica vulneración del derecho a la libertad de asociación, pues la recurrente ha organizado a sus asociados libremente, los cuales, sin embargo, al desarrollar su actividad, deben sujetarse a lo dispuesto por la Constitución y la ley” (Expediente 3161-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 7).

10. AMPARO LABORAL INDIVIDUAL (Derecho al Trabajo art. 2do Inc. 15 de la Constitución, en concordancia con el art. 37 inc. 10 del C. P. Const.)

EXÉGESIS

En una sociedad libre no se puede coaccionar a una persona para que labore en un lugar que ella rechaza. Se protege el derecho a la libre elección del trabajo y también los derechos en el desempeño del mismo.

El derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley (Art. 2 inc. 15 de la Constitución); y el trabajo en cuanto deber y derecho y base del bienestar social y un medio de realización de la persona (Art. 29 de la Constitución), configura un ámbito particular de la dimensión social de la persona. Es la consideración del ser humano como “homo faber”, como trabajador³². Cuya labor realiza con notas distintivas de productividad, ajenidad y libertad. El hombre trabaja, esto

32. FERNÁNDEZ SEGADO; OB. CIT. P. 405.

es, actúa inteligentemente bien sobre su medio natural o físico, manejando materia –trabajo manual–, bien sobre su medio cultural o social, manejando signos o símbolos –trabajo intelectual–³³.

El derecho al trabajo, en su aspecto individual, contiene una serie de atributos el deber de trabajar, el derecho a la libre elección de la profesión y oficio el derecho de promoción a través del trabajo, el derecho a una remuneración equitativa y suficiente y la prohibición de discriminación de todo tipo en el desempeño del mismo el derecho de acceder a un puesto de trabajo, el derecho de continuidad o estabilidad en el empleo, es decir a no ser despedido, sino por causa justa.

El cuanto al derecho a obtener un puesto de trabajo estimamos que constituye un derecho prestacional de aplicación progresiva frente al Estado en cuanto su efectividad está condicionada a los medios que disponga la administración, y en especial a las circunstancias socioeconómicas del país.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1) Precedente Vinculante, STC Nº 0206-2005-PA, Caso César Bayllón Flores (Procedencia de amparo electoral)

- **Fundamentos Vinculantes.**- 7 a 25 y 35 a 38.
- **Contenido del Precedente.**- Procedencia del amparo en controversias relacionadas con trabajadores del régimen laboral privado (fundamento 7 al 16).

Improcedencia del amparo en controversias relacionadas con trabajadores del régimen laboral privado (fundamento 17 a 20).

Improcedencia

- 2) “(...) si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y luego es promocionado, luego al retirársele la confianza depositada, retornaría a realizar las labores anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución”. (Expediente 00756-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico Nº 2)

33. ALONSO OLEA MANUEL Y CASAS BAAMONDE MARÍA EMILIA; “DERECHO AL TRABAJO”; DECIMONOVENA EDICIÓN; EDITORIAL CIVITAS, Madrid 2001, p. 42

- 3) “Sobre el particular, en referencia a los trabajadores que son promocionados, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 44°, señala que es factible que un trabajador que realiza funciones ordinarias pueda acceder a puestos de dirección o de confianza mediante promociones; resaltando que tal promoción no debe ser abusiva ni simulada, pues podría atribuírsele a un trabajador tal calificación para luego simplemente retirársele la confianza y despedírsele en el transcurso de un tiempo” (Expediente 03501-2006-PA/TC, Fundamento Jurídico N° 18).
- 4) “Por lo que, cuando un trabajador es promocionado, este no puede perder su derecho al empleo del que es poseedor, pues al realizarse una promoción de esta naturaleza cabría la posibilidad de que se genere un abuso del derecho, tal como lo declara el artículo 44° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pues este no renuncia a las labores que realizaba, sino que sigue bajo la subordinación de su empleador, sin perder su carácter de trabajador común que ostentaba. Esto en bien de la paz social y armonía de los derechos constitucionales que podrían vulnerarse cuando el empleador abusando del *jus variandi* que posee le retirase la confianza posteriormente al ser promovido”(Expediente 03501-2006-PA/TC, Fundamento Jurídico N° 18).
- 5) “Sin embargo tal criterio tiene una excepción por cuanto no procede en el supuesto de que el trabajador, después de haber venido laborando en un cargo ordinario, hubiera variado su calidad a personal de confianza, en cuyo caso, de producirse el retiro de la confianza, no corresponderá como consecuencia la ruptura del vínculo laboral sino el retorno del trabajador al puesto que había venido desempeñando anteriormente. Suponer lo contrario, es decir, que incluso en tales casos el retiro de la confianza implica la ruptura del vínculo laboral significaría permitir un abuso del derecho del empleador, el cual es prohibido por el artículo 103° de la Constitución, dado que podría darse el caso de que se varíe la calidad de un trabajador a “trabajador de confianza”, con el propósito de despedirlo más adelante aduciendo la pérdida de la misma” (Expediente 08257-2006-PA/TC, Fundamento Jurídico N° 8).
- 6) “En consecuencia, queda acreditada la afectación del derecho constitucional de la demandante, pues al impedirse que sus trabajadores transiten libremente por la vía que da acceso al denunciado minero, se está restringiendo su derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley, tal como se señala en el inciso 15) del artículo 2° de nuestra Carta Fundamental...” (Expediente 0202-2000-AA/TC, Fundamento Jurídico 5).”

- 7) “Considera el Tribunal Constitucional que el derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley –que para el caso de los profesionales, cualquiera sea la técnica o ciencia que profesen, tiene como contenido el derecho de ejercer libremente su profesión– [...] se ha visto vulnerada por la Resolución N° 004-96-JD-ICAC, expedida por la Junta Directiva del Ilustre Colegio de Abogados del Cusco...” (Expediente 0993-1997-AA/TC, Fundamento Jurídico 9).
- 8) “El derecho del trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las inscripciones contenidas en los artículos 22° y siguientes de la carta magna, debido a la falta de equilibrio de las partes, que caracteriza a los contratos que regula el derecho civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman parte de la gama de los derechos constitucionales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica...” (Expediente 0628-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 6).
- 9) “El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa...” (Expediente 1124-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 12).
- 10) “Los contratos sujetos a modalidad se considerarán de duración indeterminada si el trabajador contratado temporalmente demuestra que el contrato que suscribió se fundamentó en la existencia de simulación o fraude de las normas laborales, situación que se demuestra cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes, y cuando, para eludir el cumplimiento de normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula cumplir las condiciones legales para la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad, cuya principal característica es la temporalidad.

Un contrato suscrito sobre la base de estos supuestos se debe considerar de duración indeterminada, y el término de la relación laboral solo puede sustentarse en una causa justa establecida por la ley; de lo contrario se trataría de un despido arbitrario, cuya proscripción garantiza el derecho al trabajo, reconocido por el artículo 22° de la Constitución Política vigente” (Expediente 1237-2004-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 4 y 5).

- 11) “Debe resaltarse que de acuerdo al artículo 3° de la Resolución Ministerial N° 1174-91-ED, que aprobó el Reglamento de Reasignaciones y Permutas para el Profesorado, la reasignación es la acción de administración de personal mediante la cual el profesor se desplaza de un cargo a otro igual o similar, en cualquiera de las áreas magisteriales, sin modificar el nivel magisterial alcanzado y procede, entre otros, de un cargo a otro igual o equivalente, dentro del área de la docencia.”

En el presente caso, teniendo en cuenta que la demandante ingresó a la carrera pública del profesorado en el cargo de Directora, de acuerdo a lo señalado en el fundamento precedente, le corresponde ser reasignada en un cargo igual o equivalente, esto es, como Directora, y no como Subdirectora, pues de lo contrario se vulnera el derecho al trabajo consagrado en el artículo 22° de la Constitución Política del Perú” (Expediente 00064-2005-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 6 y 7).

- 12) “No se puede hacer una interpretación restrictiva de derechos constitucionales ... Este Tribunal considera que, al haber procedido la demandada a despedir al demandante, sin tener en cuenta principalmente su condición de impedido físico –que le faculta tener un tratamiento especial en cuanto a las condiciones de acceso, desenvolvimiento y permanencia en el empleo donde realiza la prestación de su trabajo–, y sin que este haya incurrido en la comisión de falta grave, establecida en la ley, que constituya causa justa para extinguir la relación laboral, ha vulnerado sus derechos constitucionales invocados en la demanda materia de autos, a través de un acto viciado de inconstitucionalidad, que toma a la disolución de vínculo laboral del demandante, en contraria al principio de igualdad e inclusive transgresora de la especial protección que se debe brindar a quienes se encuentran en la situación de impedidos físicos (discapacitados), toda vez que se ha dispuesto el vínculo laboral por discriminación negativa derivada de la particular condición de discapacitado del demandante; además de que, no obstante observarse dicha especial condición, no se haya practicado en su favor la discriminación positiva que exige la cláusula de la igualdad jurídica consagrada en el artículo 2°, inciso 2)

de la Constitución Política del Estado, como ha tenido oportunidad de advertir este Tribunal en causas similares a la presente...” (Expediente 0324-1999-AA/TC, Fundamento Jurídico 8).

- 13) “El artículo 27° de la Constitución prescribe ‘La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario’. Mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho ‘a no ser despedido arbitrariamente’. Solo reconoce el derecho del trabajador a la ‘protección adecuada’ contra el despido arbitrario. El referido artículo no indica en que términos ha de entenderse esa ‘protección adecuada’. En su lugar señala que la ley tiene la responsabilidad de establecerla; es decir, que su desarrollo está sujeto al principio de reserva de ley. En la medida que el artículo 27° constitucional no establece los términos en que debe entenderse la ‘protección adecuada’ y prevé una reserva de ley para su desarrollo, el derecho allí reconocido constituye lo que en la doctrina constitucional se denomina un ‘derecho constitucional de configuración legal’ ...” (Expediente 0976-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 11).
- 14) “En mérito a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27° de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso. Esta orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia laboral no conlleva la estabilidad laboral absoluta, sino plantea el reforzamiento de los niveles de protección a los derechos del trabajador frente a residuales prácticas empresariales abusivas respecto al poder para extinguir unilateralmente una relación laboral ...” (Expediente 0976-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 16)
- 15) “Este Tribunal Constitucional considera que el régimen de protección adecuada enunciado en el artículo 27° de la Constitución y que se confió diseñarlo al legislador ordinario, no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo N° 728, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues este (el ordenamiento) no es una agresión caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia y completud. Además, como antes se ha dicho, en el caso de la acción de amparo, la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presente en dicho pedido. Por ello, el

Tribunal Constitucional no puede compartir la tesis de la demandada, según la cual en el amparo no cabe ordenarse la restitución del trabajador despedido arbitrariamente, sino únicamente ordenarse el pago de una indemnización. Tal postura, en torno a las implicancias del artículo 27° de la Constitución, desde luego, soslaya el régimen procesal que también cabe comprender dentro de dicha cláusula constitucional y que constituye un derecho del trabajador despedido arbitrariamente...” (Expediente 0976-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 14)

- 16) “Por ello, cuando el artículo 27 de la Constitución establece que, contra el despido arbitrario, la ley dispensará una ‘protección adecuada’, tal disposición no puede entenderse en el sentido de que con ella se está constitucionalizando el derecho del empleador de despedir arbitrariamente, como parece entenderlo la demandante. Al amparo de un acto arbitrario, como el despido inmotivado, no puede reclamarse el reconocimiento de derecho constitucional alguno. Simplemente el ordenamiento sancionado la realización de actos arbitrarios, aunque, como se ha visto, esa sancionan al despido arbitrario pueda tener, en determinadas circunstancias, tanto una protección de eficacia restitutoria como de eficacia resarcitoria...” (Expediente 0976-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 17)
- 17) “De autos se puede apreciar que el demandante prestó servicios en la empresa demandada desde el 3 de enero de 2002 hasta el 30 de junio de 2003, desempeñando el cargo de Gerente Comercial, el cual forma parte del Cuadro de Asignación de Personal (CAP) y del Presupuesto Analítico de Personal (PAP) de la entidad demandada. En consecuencia, se advierte que el servicio objeto del contrato (causas objetivas determinantes de la contratación) no tiene un alcance ocasional o transitorio, sino que se trata de una actividad permanente de la empresa.

En este orden de ideas, este Colegiado, considera que la ruptura del vínculo laboral, sustentada en una utilización fraudulenta de una modalidad de contratación como la antes descrita, configura un despido arbitrario; por lo que, teniendo en cuenta la finalidad restitutoria del proceso de amparo constitucional, procede la reincorporación del demandante en el puesto de trabajo que venía desempeñando a la fecha en que se produjo la violación de sus derechos fundamentales” (Expediente 2744-2004-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 2 y 3).

- 18) “El recurrente suscribió contratos de servicios no personales, con los que se produjo una simulación que desnaturalizó la relación laboral, convirtiéndola

en indeterminada, como se acredita con el parte de asistencia diario (fojas 164 a 267), no contradicha por la demandada, alcanzando, de este modo, la protección contra el despido arbitrario establecida por la Constitución y las leyes laborales”. (Expediente 2859-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 4).

11. AMPARO LABORAL COLECTIVO Derecho de sindicación, negociación colectiva y huelga art. 28 de la Constitución, en concordancia con el art. 37 inc. 11 del C. P. Const.

EXÉGESIS

La sindicación es la asociación de personas para la defensa de intereses comunes relacionados con la actividad empresarial o laboral que desempeñan, así pueden existir sindicatos de empleadores y sindicato de trabajadores. El derecho comprende también la libre voluntad del trabajador de pertenecer al sindicato. Solo es limitable este derecho para los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales así como para Funcionarios con poder de decisión.

Derecho de Sindicación

La Constitución en el Art. 28 inc. 1 garantiza el derecho de libertad sindical, reconociendo a los sindicatos su función de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de sus agremiados. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos; y a afiliarse al de su elección; así también el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato, prima el consentimiento prestado por el trabajador en materia de sindicación.

El derecho de libertad sindical presenta una doble manifestación. Por un lado una individual como un derecho subjetivo desarrollado en sentido positivo (derecho de creación y afiliación a ellos), y en sentido negativo (como derecho a permanecer al margen de cualquier organización sindical o a no sindicarse), la protección que dispensa el derecho a la libertad sindical se extiende también, en determinadas circunstancias, a los trabajadores que no están afiliados. Por otra parte presenta una manifestación colectiva, es decir el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñen las funciones que la Constitución les reconoce.

El derecho protege frente a toda injerencia ilícita por parte del Estado, como por parte del propio empleador, el cual debe obtenerse de toda interferencia

en el ejercicio del derecho de libertad sindical, asimismo no efectuar represalias contra los trabajadores que legítimamente ejerzan la actividad sindical.

El contenido de la libertad sindical está conformada, desde una perspectiva integral, por un contenido esencial, delimitado por la confluencia del derecho a la huelga y negociación colectiva.

Derecho de Huelga

La Constitución no ha optado por un sistema de libertad de huelga, sino por un sistema de derecho de huelga. Por el que determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empleadores son un derecho de aquellos. Es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión para, de esta manera, limitar las acciones del empleador, a quien se le prohíbe contratar a otros trabajadores y cerrar el centro de labores arbitrariamente.

La titularidad del derecho de huelga es individual, pero su ejercicio debe materializarse colectivamente. Ningún trabajador puede decidir individualmente ejercer el derecho de huelga. Simplemente estaría incumpliendo el contrato de trabajo³⁴.

Son facultades del derecho de huelga la convocatoria, el establecimiento de las peticiones y reivindicaciones, la publicidad, la negociación y la decisión de darla por finalizada. Debemos enfatizar que el ejercicio del derecho de huelga debe cumplir con determinadas requisitos formales, como es, en su caso, el mantenimiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad.

Derecho de Negociación Colectiva

Este mecanismo permite que los intereses laborales individuales se armonicen para dotarlos de mayor eficacia, procurando salvaguardar las condiciones de trabajo y la vida e integridad de los trabajadores. Son titularidad de este derecho los representantes de los trabajadores y de los empleadores. Esta legitimación exclusiva a favor de las organizaciones sindicales, no contradice a la libertad negativa que el derecho de sindicación entraña, pues los no sindicados no quedan excluidos de la negociación colectiva laboral, por cuanto participan en la elección de representantes y pueden celebrar, a través de representantes directos, convenios empresariales de su interés.

34. PÉREZ ROYO Javier; Ob. Cit. p. 537

La negociación colectiva constituye una función esencial de los sindicatos, pues procura la defensa y protección de los intereses de los trabajadores, en circunstancias que el convenio rebasa el ámbito de una empresa.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) “En el plano de justicia constitucional, el Tribunal estima que no es preciso que estos cuenten con poder de representación legal para que puedan plantear reclamaciones o iniciar acciones judiciales a favor de todos sus afiliados o un grupo determinado de ellos. Y es que una comprensión de la función y el significado de los sindicatos en el sentido esbozado por la recurrida, supondría dejar virtualmente desarticulada la razón de ser de estos entes y, con ello, el contenido constitucionalmente protegido de la libertad sindical, reconocida en el artículo 28° de la Constitución...” (Expediente 0632-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 8).
- 2) “La Constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 28°, inciso 1). Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga. Desde luego, debe entenderse que lo anterior no conlleva a que el contenido esencial del citado derecho constitucional se agote en los aspectos antes relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciadas de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su vis expansiva a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones...” (Expediente 1124-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 8).
- 3) “La libertad sindical se la define como capacidad autodeterminativa para participar en la Constitución y desarrollo de la actividad sindical.

Enrique Alvarez Conde [Curso de Derecho Constitucional VI, Madrid, Tecnos, 1999, p. 457] señala que '(...) este derecho fundamental (...) debe ser considerado como una manifestación del derecho de asociación, gozando, por tanto, también de la naturaleza de los derechos de participación política'.

Por ende, alude a un atributo directo, ya que relaciona un derecho civil y un derecho político, y se vincula con la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, ya que constitucionaliza la creación y fundamentación de las organizaciones sindicales.

En este sentido, el Tribunal Constitucional español, en la STC 292/1993, precisa que los sindicatos son '(...) formaciones de relevancia social, en la estructura pluralista en una sociedad democrática'.

En ese contexto, implica un haz de facultades y el ejercicio autónomo de *homo faber* –*homo politicus*, referido a aspectos tales como:

- El derecho a fundar organizaciones sindicales.
- El derecho de libre afiliación, desafiliación y reafiliación en las organizaciones sindicales existentes.
- El derecho a la actividad sindical.
- El derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes le asignen, en defensa de los intereses de sus afiliados. Ello comprende la reglamentación interna, la representación institucional, la autonomía en la gestión, etc.
- El derecho a que el Estado no interfiera – salvo el caso de violación de la Constitución o la ley – en las actividades de las organizaciones sindicales.

Los alcances de la libertad sindical

Esta facultad se manifiesta en dos planos el intuito persona y el plural.

La libertad sindical intuito persona plantea dos aspectos:

- Aspecto positivo: Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical.
- Aspecto negativo: Comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical.

La libertad sindical plural plantea tres aspectos:

- Ante el Estado: Comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical.
- Ante los empleadores: Comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales.
- Ante otras organizaciones sindicales: Comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc.

La libertad sindical intuito persona se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28° de la Constitución. Empero, una lectura integral de dicho texto demuestra que se encuentran excluidos de su goce los siguientes componentes del Estado peruano:

- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (Artículo 42 de la Constitución).
- Los miembros del Ministerio Público y del órgano Judicial (artículo 153° de la Constitución).
- Los miembros de la Administración Pública, con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza o dirección (artículo 42 de la Constitución).

La Constitución y los sindicatos

El sindicato es una organización o asociación integrada por personas que, ejerciendo el mismo oficio o profesión, o trabajando en un mismo centro de labores, se unen para alcanzar principalmente los siguientes objetivos:

- Estudio, desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses de sus miembros.
- Mejoramiento social, económico y moral de sus miembros.

Entre los principales fines y funciones que nuestra legislación establece para los sindicatos en el ámbito de la legislación privada, se tiene los siguientes:

- Representar al conjunto de trabajadores comprendidos dentro de un ámbito, en los conflictos, controversias o reclamaciones de naturaleza colectiva.

- Celebrar convenciones colectivas de trabajo y, dentro de ese contexto, exigir su cumplimiento.
- Representar o defender a sus miembros a su solicitud, en las controversias o reclamaciones de carácter individual.
- Promover la creación de organismos de auxilio y promoción social de sus miembros (cooperativas, cajas-fondos, etc.).
- Promover el mejoramiento cultural, así como la educación general, técnica y gremial de sus miembros.

Para ser miembro de un sindicato, la legislación del régimen privado exige lo siguiente:

- Ser trabajador de la empresa, profesión u oficio que corresponda según el tipo de sindicato y, dentro de ese contexto, haber superado el periodo de prueba.
- No formar parte del personal de dirección ni desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto de la empresa expresamente lo admita.
- No encontrarse afiliado a otro sindicato.

En el caso de los sindicatos del sector público, la Ley N° 27556 creó el Registro de Organizaciones Sindicales de Servicios Públicos. Así como el D. S. N° 003-82-PCM del 22 de enero de 1982, relativo a las organizaciones sindicales de los servidores” (Expediente 0008-2005-PI/TC, Fundamento Jurídico 26 al 28).

- 4) “En el caso de negociación colectiva, el propio texto constitucional, en el segundo párrafo, inciso b), del artículo 28, prescribe que la Convención Colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado; por ello cabe examinar la parte pertinente de la Convención Colectiva de Trabajo – Trabajadores Toquepala 1996-2001, que corre a fojas 17 de autos...” (Expediente 1396-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 3).
- 5) El artículo 4° del Convenio N° 98 constituye un precepto hermenéutico fundamental al cual debe acudir para informarse respecto del contenido esencial de la negociación colectiva, tomando siempre en consideración que uno de sus fines principales es mejorar las condiciones de vida y de trabajo de sus destinatarios...” (Expediente 0261-2003-AA/TC, Fundamento Jurídico 3).

- 6) “El convenio colectivo se le define como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales. En puridad, emana de una autonomía relativa consistente en la capacidad de regulación de las relaciones laborales entre los representantes de los trabajadores y sus empleadores .

El convenio colectivo permite la facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores, a efecto de reglamentar y administrar por sí mismos sus intereses en conflicto. Surge de la negociación llevada a cabo entre el empleador o una organización de empleadores y una o varias organizaciones sindicales, con miras a ordenar y regular las relaciones laborales. En la doctrina aparece bajo varias denominaciones; a saber, contrato de paz social, acuerdo corporativo, pacto de trabajo, etc.

Esta convención es establecida por los representantes de los trabajadores expresamente elegidos y autorizados para la suscripción de acuerdos y por el empleador o sus representantes.

La convención colectiva –y, más precisamente, su producto, el convenio colectivo, que contiene normas jurídicas– constituye un instrumento idóneo para viabilizar la promoción de la armonía laboral, así como para conseguir un equilibrio entre las exigencias sociales de los trabajadores y la realidad económica de la empresa.

Los elementos de convenio colectivo

Los elementos de este instituto son:

- La fuerza normativa y la eficacia de la convención colectiva.

Las características del convenio colectivo

Entre las principales se cuentan las siguientes:

- La supraordinación del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo; ello en virtud a que el primero puede modificar los aspectos de la relación laboral pactada a título individual, siempre que sea favorable al trabajador.
- La aplicación retroactiva de los beneficios acordados en el convenio, dado que rige desde el día siguiente de la caducidad del convenio anterior o en su defecto desde la fecha de presentación del pliego de reclamos; a

excepción de las estipulaciones que señalan plazo distinto o que consiste en obligaciones de hacer o de dar en especie, que rigen desde la fecha de su suscripción.

- Los alcances del convenio tienen una duración no menor de un año.
- Los alcances del convenio permanecen vigentes hasta el vencimiento del plazo, aun cuando la empresa fuese objeto de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio, etc.

Tipología del convenio colectivo

Desde un punto de vista doctrinario, se presentan los dos modelos siguientes:

- El modelo vertical: La normatividad estatal limita en términos bastantes específicos el poder negocial de los trabajadores y empleadores.
- El modelo horizontal: la normatividad estatal deja en gran medida a la discrecionalidad de las partes de la relación negocial, los alcances de las convenciones colectivas.

Podemos afirmar, con los matices necesarios, que en nuestro país el modelo horizontal es aplicable al régimen privado y el vertical al público.

El carácter y alcance del convenio colectivo.

La Constitución de 1979 declara que la convención colectiva tenía fuerza de ley entre las partes. Ello implicaba lo siguiente:

- El carácter normativo del convenio colectivo, que lo convertía en un precepto especial del derecho laboral.
- Su alcance de norma con rango de ley.

En cambio, el inciso 2 del artículo 28 de la Constitución actual señala que las convenciones colectivas tienen fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

En tal sentido, la fuerza vinculante en el ámbito de concertado obliga:

- A las personas celebrantes de la convención colectiva.
- A las personas representantes en la suscripción de la convención colectiva.

- A las personas que se incorporen con posterioridad a la celebración de la convención colectiva.

Esta noción (ámbito vinculante en el ámbito de lo concertado), ha sido recogida de la Constitución española de 1978, y se la concibe como referente del carácter normativo del acuerdo laboral. Tal como refiere Javier NEVES MUJICA (Introducción al Derecho Laboral, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003), esto implica la aplicación automática de los convenios colectivos a las relaciones individuales comprendidas en la unidad negocial correspondiente, sin que exista la necesidad de su posterior recepción en los contratos individuales, así como su relativa imperatividad frente a la autonomía individual, la que solo puede disponer su mejora pero no su disminución.

Cabe señalar que la fuerza vinculante para las partes establece su obligatorio cumplimiento para las personas en cuyo nombre se celebró, así como para los trabajadores que se incorporaron con posterioridad a las empresas pactantes, con excepción de quienes ocupen puestos de dirección o desempeñen cargos de confianza.

En suma dentro del contexto anteriormente anotado, la fuerza vinculante implica que en la convención colectiva las partes pueden establecer el alcance y las limitaciones o exclusiones que autónomamente acuerden con arreglo a ley.

De conformidad con lo establecido en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la convención caduca automáticamente cuando venza el plazo fijado, salvo en aquellos casos en que las partes celebrantes hubieren acordado expresamente su renovación o prórroga.

Para el caso del sector público rige el Convenio N° 151 de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, así como el D.S. N° 003-82-PCM del 22 de enero de 1982, relativo a las organizaciones sindicales de los servidores públicos y a los procedimientos para determinar las condiciones de empleo.

El caso del convenio colectivo articulado (rama de actividad)

Dicha modalidad, que se aplica en el régimen privado, consiste en la celebración de un acuerdo de carácter nacional o rama de actividad, a efectos de poder uniformizar un tipo específico de relación laboral, así como para salvaguardar

el ejercicio de este derecho a favor de los trabajadores en aquellos casos en que ésta sea la única forma posible de negociación colectiva.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el Caso Cámara Peruana de la Construcción – CAPECO vs. Ministerio de Trabajo (Expediente N° 0261-2003-AA/TC), ratificó la validez de la implementación del convenio colectivo articulado para el caso de los Trabajadores de Construcción Civil, debido a la imposibilidad de tales trabajadores de acceder a la negociación y acuerdo concertado, siempre que no sea a través del pliego de reclamos por rama de actividad.

La intervención de terceros en la solución de conflictos laborales.

A tenor del inciso 2 del artículo 28° de la Constitución, la intervención del Estado o de entes o personas de la sociedad civil en el régimen privado deben observar dos aspectos muy concretos, a saber:

- Fomentar el convenio colectivo.
- Promover las formas de solución pacífica en los conflictos laborales en caso de existencia de discrepancias entre los agentes negociadores de la convención colectiva.

En cuanto al primer aspecto, el fomento se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje.

Esta promoción se justifica en razón de las dos consideraciones siguientes:

- Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo, de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica.
- Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral.

La conciliación se define como el acto de ajustar o componer los ánimos de las partes, que tienen posturas opuestas entre sí. La conciliación laboral en el ámbito privado se gesta cuando las partes negociadoras de una convención informan a la Autoridad de Trabajo la terminación de la negociación colectiva, por la existencia de una abierta discrepancia sobre la totalidad o parte de las materias objeto del conflicto. Dentro de este contexto, solicitan el imputado de dicho procedimiento.

Más aun, la legislación nacional prevé que aun cuando las partes no promovieran el procedimiento de conciliación, la Autoridad de Trabajo tiene facultades para gestarlo de oficio.

Se trata de una forma interventiva de solución pacífica del conflicto laboral – acentuado por el fracaso de la negociación directa entre los representantes de los empleadores y de los trabajadores–, que consiste en que un tercero neutral (el Estado) interpone sus ‘buenos oficios’ induciendo a las partes a zanjar sus diferencias y ayudándolos a encontrar una solución satisfactoria para ambos vale decir, se propende a que alcancen por sí mismos un acuerdo que ponga fin al conflicto.

La labor conciliatoria consiste en apaciguar y frenar la confrontación. Atenuar las diferencias, propiciar un diálogo constructivo y sugerir vías de entendimiento.

Las principales características de la labor conciliadora son:

- **Flexibilidad:** Se promueve con prescindencia de acciones carentes de complejidad y rigidez a efectos de alcanzar la búsqueda de una solución.
- **Rapidez:** Se promueve con celeridad y prontitud en aras de evitar la prolongación del conflicto.
- **Reserva:** Se promueve con sigilo y discreción en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.
- **Decisividad:** Se promueve en aras de alcanzar un acuerdo que suponga la solución encontrada por las partes, produciendo efectos homólogos a una sentencia, laudo o resolución.

El conciliador – que puede ser un particular o un funcionario del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo– desempeña un papel activo en la promoción del avenimiento de las partes.

En puridad, el conciliador interpone sus ‘buenos oficios’ a efectos de que las partes se avengan a encontrar por sí mismas el acuerdo que ponga fin al conflicto.

La mediación es el acto de interposición de fórmulas de avenimiento a la solución del conflicto. La mediación laboral, en el ámbito privado, se gesta cuando los agentes negociadores solicitan o autorizan específicamente al conciliador la presentación de una o varias propuestas de solución.

El tercero interviniente en la solución del conflicto juega como mediador un rol más activo que como conciliador, en razón de que directamente sugiere las propuestas de solución.

La mediación se produce de una forma interventiva, a través de la cual un tercero neutral propone, a pedido de las partes en conflicto, alternativas de solución. Estas pueden ser aceptadas o desestimadas por los agentes negociadores.

Entre las principales características de la mediación se tiene:

- **Propositividad:** Dicha actividad no solo consiste en acercar a las partes en conflicto, sino que a petición de estos expone, sugiere y formula una vía de solución.
- **Solemnidad:** Se lleva a cabo de manera formal y ritualista.
- **Reserva:** Se lleva a cabo con sigilo y discusión, en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.
- **Decisividad:** En caso de alcanzar éxito, la solución aceptada por los agentes negociadores produce efectos homólogos a una sentencia, laudo o resolución.

El arbitraje se define como el acto de resolución extrajudicial de un conflicto laboral. El arbitraje laboral, en el ámbito privado, se logra cuando los actos de conciliación o mediación no han solucionado el conflicto. Dentro de ese contexto, los agentes negociadores deciden someter el diferendo a arbitraje.

El arbitraje puede estar a cargo de un árbitro impersonal, un tribunal ad hoc, la Autoridad de Trabajo, etc.

Se trata de una forma interventiva a través de la cual un tercero neutral establece, por medio de un laudo, la solución del conflicto.

Entre las principales características del arbitraje aparecen las siguientes:

- **Autonomía:** Se despliega dentro del marco de la Constitución y la ley con plena capacidad y competencia para resolver el conflicto.
- **Solemnidad:** Se lleva a cabo de manera formal y ritualista.
- **Reserva:** Se lleva a cabo con sigilo y discreción en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.

- **Vinculatoriedad:** Genera consecuencias jurídicas obligatorias para las partes comprometidas en el arbitraje.

El arbitraje puede surgir como consecuencia de una sumisión voluntaria, en donde las partes en conflicto, a través de sus negociadores, acuden a un tercero neutral para la solución del conflicto o de una sumisión obligatoria en donde las partes quedan vinculados a los resultados de un arbitraje por mandato de la ley.

El laudo que se expide como consecuencia del arbitraje tiene carácter de inimpugnable e imperativo. No obstante, nuestra legislación permite excepcionalmente la impugnación judicial del laudo en dos casos siguientes:

- Por vicio de nulidad.
- Por establecer menores derechos a los contemplados por la ley a favor de los trabajadores” (Expediente 0008-2005-PI/TC, Fundamentos Jurídicos 29 a 39).

7) “El derecho a huelga se ejerce conforme a lo establecido en el artículo 28°, inciso 3), de la Constitución, del cual se deduce que el mismo no es un derecho absoluto, sino que tiene excepciones y límites. Vale decir, que la huelga debió realizarse de acuerdo con el Decreto Ley N° 25593 (aplicable al sector público conforme a su artículo 86°). El citado Decreto Ley establece una serie de requisitos para la declaración de huelga, prohibiendo la paralización simple de actividades laborales...” (Expediente 0215-2002-AA/TC, Fundamento Jurídico 1).

8) “La huelga”

Este derecho consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo.

Por ende, huelguista será aquel trabajador que ha decidido libremente participar en un movimiento reivindicatorio.

Por huelga debe entenderse, entonces, al abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales, la cual, dentro de determinadas condiciones, se encuentra amparada por la ley.

Enrique ALVAREZ CONDE [*Curso de Derecho Constitucional VI*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 466] refiere que se trata de una '(...) perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de voluntades por parte de los trabajadores'.

Mediante su ejercicio los trabajadores, como titulares de dicho derecho, se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de poder alcanzar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales. Por ello, debe quedar claramente establecido que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores.

En puridad, la huelga es una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendente a defender los legítimos intereses de los trabajadores.

Al respecto, tal como expone ALVAREZ CONDE [*Curso de Derecho Constitucional VI*, cit., p. 466] '(...) la huelga tiende a establecer el equilibrio entre partes con fuerza económicamente desiguales'.

En ese sentido, como bien refiere Francisco FERNANDEZ SEGADO [*El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992], '(...) la experiencia secular ha mostrado su necesidad para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socio-económicos'.

Debe advertirse que la huelga no es un derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos.

En aquellos casos en que no exista legislación sobre la materia, tal ausencia no puede ser esgrimida como impedimento para su cabal efectivización por parte de los titulares de este derecho humano.

El ejercicio del derecho de huelga presupone que se haya agotado previamente la negociación directa con el empleador, respecto de la materia controvertible.

La titularidad del derecho de huelga

La doctrina tiene opiniones dispares sobre este punto, ya sea respecto a la titularidad de los trabajadores adscritos a una organización sindical.

Este colegiado estima que, de conformidad con lo establecido en los artículos 72° y 73° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N° 010-2003-TR), su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical.

Al respecto, Fernando ELIAS MANTERO [*Derecho Laboral. Relaciones Colectivas de Trabajo*. Lima Ius Editores, 1995, p. 278] señala que su ejercicio corresponde a los trabajadores en general; es decir, que son ellos y no la asamblea sindical los que acuerdan la huelga. Añadamos, en el ámbito respectivo.

Entre las atribuciones vinculadas al derecho de huelga aparecen las siguientes:

- Facultad de ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga.
- Facultad de convocatoria dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercitar el atributo de su posterior desconocatoria.
- Facultad de establecer el petitorio de reivindicaciones; las cuales deben tener por objetivo la defensa de los derechos e interés socio-económicos o profesionales de los trabajadores involucrados en la huelga.
- Facultad de adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley.
- Facultad de determinar la modalidad de huelga esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado.

Desde una perspectiva doctrinaria avalada por la jurisprudencia más avanzada se acepta que la huelga debe ser convocada tomándose en consideración lo siguiente

- La existencia de proporcionalidad y carácter recíproco de las privaciones y daño económico para las partes en conflicto.
- La constatación de que no se haya impuesto a los trabajadores discrepantes con la medida de fuerza acordada la participación en la huelga.

Las limitaciones del ejercicio del derecho de huelga.

La Constitución señala textualmente que se encuentran impedidos de ejercer el derecho de huelga:

- Los funcionarios de la Administración Pública con poder de decisión o con cargo de confianza o de dirección (Artículo 42° de la Constitución).
- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (Artículo 42° de la Constitución).
- Los miembros del Ministerio Público y del Organo Judicial (Artículo 153° de la Constitución).

Debe anotarse que el inciso 3 del artículo 28° de la Constitución señala, por equívoco conceptual, que la huelga debe ejercerse en armonía con el interés social.

En el campo del derecho público es evidente la diferencia conceptual entre el interés público y el interés social. Este último se utiliza como medida tuitiva a favor de sectores económico-sociales que soportan condiciones desventajosas de vida.

En rigor, la huelga debe ejercerse en armonía con el interés público, que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficie a la colectividad en su conjunto.

El Tribunal Constitucional deja constancia de ello, en razón a las atribuciones estipulativas que contienen sus decisiones jurisdiccionales” (Expediente 0008-2005-PI/TC, Fundamentos Jurídicos 40 a 42).

- 9) “El artículo 42° de la Constitución Política del Estado de 1993 establece que el Estado reconoce el derecho de sindicación, negociación colectiva y huelga de los servicios públicos, no siendo aplicable esta disposición a los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza o de dirección...” (Expediente 0105-1998-AA/TC, Fundamento Jurídico 2).
- 10) “La Constitución reconoce los derechos de sindicación y huelga para los trabajadores, derechos que también son aplicables a los empleados públicos con las limitaciones que la propia Constitución prescribe que se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos, aunque precisando que los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que

desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, no son titulares de tales derechos” (Expediente 0008-2005-PI/TC, Fundamento Jurídico 48).

12. AMPARO POR DERECHO DE PROPIEDAD Y HERENCIA (Art. 2do Inc. 16 de la Constitución, en concordancia con el art. 37 inc. 12 del C. P. Const.)

EXÉGESIS

La propiedad en el ámbito constitucional es mucho mayor que la desarrollada por el Código Civil, y está referida a todo el conjunto de bienes materiales e inmateriales que la sociedad estime. Hay limitaciones en el ejercicio del derecho a la propiedad artículos 70 y 71 de la Constitución. El derecho a la herencia se protege de acuerdo con las cláusulas regulativas limitativas que establece la ley.

Sin propiedad privada no es posible que las relaciones entre seres humanos – iguales y libres – se conviertan de manera general en relaciones jurídicas³⁵. La relación entre individuos iguales y libres tiene que ser necesariamente una relación jurídica.

En tal sentido, para que los individuos puedan contratar, cada quien debe ser propietario de algo, pues el contrato es una relación de intercambio.

Es tal la importancia y trascendencia del derecho a la propiedad en el modelo de constitución económica peruana, que el Tribunal Constitucional en el Exp. 0016-2002-AI/TC, expresó: “El derecho a la propiedad no solo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico”.

- La propiedad y la herencia tienen un límite externo, esto es su función social como elemento consustancial a ellas. Así la propiedad privada confiere un haz de facultades individuales sobre las cosas (utilidad individual) a su vez impone una serie de deberes y obligaciones concordados con los valores e intereses de la sociedad (función social). De esta función social se deriva,

35. PÉREZ ROYO Javier; Ob. Cit. p. 553

precisamente el procedimiento de expropiación forzada que debe observar las siguientes garantías causa expropriandi (causa justificada de utilidad pública o interés social) justa indemnización y observancia del procedimiento legal.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

- 1) “Si bien es cierto que el artículo 70 de la Constitución establece que el derecho de propiedad es inviolable y que el Estado lo garantiza, también lo es que [Concordante] el artículo 66 de la Constitución establece que los ‘recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación’ y que el ‘Estado es soberano en su aprovechamiento’. Además, dispone que por ley orgánica se fijen las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares y que la concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal...” (Expediente 0300-2002-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 6 y 9).
- 2) “El artículo 70 de la Carta Fundamental prescribe que el derecho de propiedad es inviolable y que debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley, entre otras disposiciones. En consecuencia, no nos encontramos frente a un derecho fundamental de naturaleza absoluta, ya que puede ser objeto de limitaciones, siempre que no desvirtúen su contenido esencial o lo desnaturalicen. Así, el artículo 72 de la Ley N° 23853, entonces en vigencia, establecía claramente que una de las atribuciones de las Municipalidades era la de determinar las limitaciones y modalidades de la propiedad privada en armonía con el interés social, en sus respectivas jurisdicciones y dentro del ámbito de su competencia” (Expediente 3548-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 4).
- 3) “Según el artículo 2º, inciso 16), de la Constitución “se reconoce el derecho a la propiedad y a la herencia”. Comencemos por afirmar, que por herencia se debe entender en el precepto constitucional la entera consideración del Derecho Sucesorio a causa de muerte. Añadamos que, prima facie, la garantía de la herencia se formula conjunta y unitariamente con la de la propiedad: conjunción y unidad que determina la función social que delimita el ejercicio de estos derechos”. (Expediente 3347-2009-PA/TC, Fundamento Jurídico 11).
- 4) “De este mandato constitucional se desprende una disciplina constitucional de la herencia, y la necesidad que este Colegiado pueda plantear algunos parámetros del Derecho Civil vigente, por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y

ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala”. (Expediente 3347-2009-PA/TC, Fundamento Jurídico 12).

- 5) “Partamos por establecer si algo demuestra el estudio de las instituciones fundamentales del Derecho Civil en su intrínseca politicidad, en cuanto conformadoras de la sociedad de manera estrecha y con largo alcance en el tiempo. Para conformación a partir y desde la Constitución, el Derecho Sucesorio debe encontrarse acorde con las instituciones y valores en materia de organización económica y social; enfocarlo de modo contrario implicaría soslayar su esencia, pues el Estado puede obrar por Vía de limitación o de imposición de deberes o cargas para que sus disposiciones puedan desenvolverse en el sentido que al interés público convenga.

Ello es así atendiendo a que confluyen una serie de intereses merecedores de una tutela especial. Así, en el orden individual patrimonial se tiene el correspondiente al titular fallecido, y a su posibilidad de determinar más allá de la muerte el destino de sus bienes de orden familiar, respecto a la distribución del patrimonio del fallecido y los de orden colectivo en el mantenimiento del orden público constitucional (confiabilidad del régimen testamentario, satisfacción de las deudas del causante y exacción del impuesto sucesorio). (Expediente 3347-2009-PA/TC, Fundamento Jurídico 13).

- 6) “Como tal, el legislador puede regular el Derecho Sucesorio contenido en las normas civiles de acuerdo con los principios esenciales del ordenamiento y las estructuras constitucionales fundamentales. Significa ello que tiene que extraer de la regulación de la herencia qué determinaciones son esenciales, y cuáles, en cambio, son más bien detalles técnico jurídicos, y por consiguiente, no esenciales. La decisión acerca de qué reglas fundamentales del Derecho Sucesorio moderno gozan de un aseguramiento constitucional tiene que ser tomada con utilización, por un lado, de un estricto contexto valorativo de la institución sucesoria, y por otro, en referencia a la garantía constitucional de otras instituciones del Derecho Privado: son éstas, en esencia, la propiedad privada”. (Expediente 3347-2009-PA/TC, Fundamento Jurídico 14).
- 7) “Así, corresponde establecer que la naturaleza de las cláusulas testamentarias mantiene una relación unívoca con el contenido mismo del derecho de propiedad. Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a esa función social que el propio derecho de propiedad comprende, integra e incorpora,

en su contenido esencial”. (Expediente 3347-2009-PA/TC, Fundamento Jurídico 15).

- 8) “Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, tales como las facultades testamentarias, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación. De allí, que el bien común y el interés general sean principios componentes de la función social de la propiedad y de la herencia”. (Expediente 3347-2009-PA/TC, Fundamento Jurídico 16).
- 9) “En este punto, cabe preguntarnos por la naturaleza jurídica que se le otorga a la herencia. Es posible establecer, en principio, que ella queda delimitada en el plano de lo abstracto y general como una **garantía institucional**, cuya formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace; y, en el concreto, como **derecho subjetivo**, un derecho que 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, se trata de una garantía institucional que funda un derecho subjetivo, en tanto, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa”. (Expediente 3347-2009-PA/TC, Fundamento Jurídico 17).
- 10) “La relación entre garantía institucional y derecho subjetivo no es un compartimiento estanco, viniendo a estar claramente configuradas las vertientes de la protección, con la existencia por tanto de una interrelación permanente y recíproca entre los mecanismos de determinación de una y otra, entre el contenido “institucional” de la garantía acuñado por el rostro histórico, y la reserva de ley y el contenido esencial como límites que el legislador puede poner al ejercicio de los derechos subjetivos en la sucesión a causa de muerte [LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL M. “La garantía institucional de la herencia”. En: Derecho Privado y Constitución, Año 2, N° 3, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 49].” (Expediente 3347-2009-PA/TC, Fundamento Jurídico 18).
- 11) “La relevancia constitucional de las garantías comprendidas en la herencia, determina que si bien la interpretación de los testamentos, así como el control de su contenido, por regla general, son materias reservadas a los procesos

civiles y, por ende, una labor propia de la jurisdicción ordinaria, en algunas situaciones, cuando se encuentre comprometida las garantías de configuración constitucional directa que la integran, así como la vigencia efectiva de los derechos fundamentales o la supremacía de la Constitución, la jurisdicción constitucional puede asumir, excepcionalmente, dicha función, lo cual en el caso de autos, nos permite establecer como punto de partida que respecto al derecho de propiedad que invoca la demandante, se debe resaltar que la propiedad de la Universidad sobre los bienes heredados es fruto no de una herencia forzosa sino de la voluntad del testador. En ese sentido, quien ejerciendo su derecho a la herencia deja voluntariamente y no por imperio de la ley, un bien a un heredero no forzoso, tiene derecho a confiar la fortaleza, firmeza o constancia en la defensa de los valores que quiere promover, utilizando como instrumento de ello a quienes velen para que ese derecho suyo trascienda como prolongación de su voluntad y de lo que su voluntad ha definido sobre lo que fueron sus bienes”. (Caso Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Expediente 3347-2009-PA/TC, Fundamento Jurídico 19).

13. AMPARO PETICIONAL ante la autoridad competente (Art. 2do Inc. 20 de la Constitución, en concordancia con el art. 37 inc. 13 del C. P. Const.)

EXÉGESIS

El derecho de petición puede ejercerse individual o colectivamente ante la autoridad competente, la que está obligada a dar una respuesta también por escrito dentro del plazo de la Ley. Este derecho también puede ser ejercitado, en forma individual, por los miembros de las fuerzas armadas y la policía nacional.

El derecho de petición autoriza para dirigirse a los poderes públicos solicitando gracia, reparación de agravios o adopción de medidas que satisfagan el interés del peticionario o los intereses generales³⁶.

- La importancia del derecho de petición, históricamente hablando, ha sido fundamental – como instrumento poderoso para imponer la igualdad constitucional³⁷. “Así el punto VI del “Bill of Rights”, de 13 de febrero de

36. FERNÁNDEZ SEGADO, Ob. Cit. P. 403.

37. PÉREZ SERRANO: citado por Fernández Segado; en Sistema Constitucional Español, pág. 402

1689, proclamaría ya como un derecho de los súbditos, el de presentar peticiones al Rey, **siendo ilegal toda prisión o procesamiento de los peticionarios**³⁸.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo este derecho ciudadano ha perdido efectividad, por cuanto hay otros mecanismos más directos para obtener la pretensión que antes se materializaba mediante el derecho de petición, en su caso: los recursos jurisdiccionales, la acción popular, la iniciativa legislativa popular, entre otros.

Ha quedado precisado en vía jurisprudencial, que este derecho ciudadano permite dirigir peticiones a los poderes públicos, solicitando gracia o expresando súplicas o quejas, **sin que en él se incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado**.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) “El derecho de petición previsto en el artículo 2º inciso 20) de la Constitución Política del Estado consiste en aquel que tiene toda persona a formular peticiones, individual o colectivamente, ante la autoridad competente, por escrito, la cual está obligada a dar al interesado una respuesta, también escrita, dentro del plazo legal, independientemente de que la respuesta sea favorable o desfavorable...” (Expediente 0872-1999-AA/TC, Fundamento Jurídico 4).
- 2) “La Ley impugnada no dispone que el Comando Político Militar tenga como atribución evacuar los informes que correspondan, a solicitud del Presidente de la República, respecto del abandono, vacancia o impedimento en los que hayan incurrido determinadas autoridades políticas y administrativas. Por el contrario, establece que, por sí mismos, pueden solicitar a los organismos competentes el cese, nombramiento o traslado de dichas autoridades. Esta facultad de ‘solicitar’ a los organismos competentes, como expresa la demandante, efectivamente constituye una modalidad institucional de ejercicio del derecho de petición, en los términos prohibidos por el segundo párrafo del inciso 20) del artículo 2º de la Constitución” (Expediente 0017-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico 95).

38. PÉREZ ROYO Javier; Ob. Cit. p. 541.

14. AMPARO POLÍTICO De participación individual o colectiva en la vida política del país (Art. 2do Inc. 17 de la Constitución, en concordancia con el art. 37 inc. 14 del C. P. Const.)

EXÉGESIS

La participación individual en la vida política se materializa, a través de los derechos de sufragio y de expresión u opinión con contenido político. La participación colectiva se da con el ejercicio de derecho de asociación en partidos políticos, o con la libertad de reunión con fines políticos.

El Derecho de Participación Política

- Encierra una serie de atributos de la persona en cuanto miembro de una comunidad política. Son derechos de naturaleza, esencialmente, participativa, en cuanto el individuo, como ciudadano que es, interviene en la formación de la voluntad general. Carl Schmitt los denominaría como derechos democráticos, en cuanto presuponen al ciudadano que vive en el Estado, cuya participación política está en la base misma del principio de legitimidad democrática, pues si del pueblo emanan todos los Poderes del Estado, estos deben responder a la voluntad del conjunto de ciudadanos, libremente manifestada³⁹.
- Por el derecho de sufragio se canaliza el proceso de autodirección política de la sociedad. En su vertiente pasiva, se reconoce el derecho que tienen todos los ciudadanos, es decir cualquier ciudadano, a poder ser elegido representante de los demás y conlleva el derecho de acceder y permanecer en el ejercicio del cargo para el que ha sido elegido, por medio del ejercicio del sufragio activo de sus conciudadanos.
- Si bien es verdad el ejercicio de participación política se expresa de modo más frecuente a través de la elección de representantes. La Constitución en el art. 31 reconoce otras formas de participación de los ciudadanos, en su caso tenemos: el referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas.

El citado precepto constitucional, ha sido desarrollado por la Ley 26300 (Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadano).

Dicha norma, precisa que son Derechos de Participación de los Ciudadanos:

39. FERNÁNDEZ SEGADO; Ob. Cit. p. 393.

- a) Iniciativa de Reforma Constitucional;
- b) Iniciativa en la formación de las leyes;
- c) Referendum;
- d) Iniciativa en la formación de dispositivos municipales y regionales; y,
- e) Otros mecanismos de participación establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales.

En tanto, son Derechos de Control de los Ciudadanos:

- a) Revocatoria de Autoridades;
- b) Remoción de Autoridades;
- c) Demanda de Rendición de Cuentas; y
- d) Otros mecanismos de control establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales.

- El derecho de participación política es exclusivamente ciudadano, es un derecho constitutivo de la ciudadanía, en razón de que somos ciudadanos en la medida en que participamos en la formación de la voluntad general para conformar el Estado Constitucional democrático.

Podemos establecer las siguientes características del derecho de participación política, según nuestra Constitución:

- a) Se puede ejercitar en forma individual o asociada (a través de organizaciones políticas);
- b) Es un derecho exclusivamente político, pues únicamente se dispone de él para la formación de la **voluntad general**. Es decir es necesario se trate de una participación política, esto es manifestación de la soberanía popular, que normalmente es ejercida a través de representantes y que excepcionalmente, puede ser ejercida por el pueblo. El Tribunal Constitucional Español ha considerado que no está en juego el derecho de participación en las elecciones de un colegio profesional, en la elección de los representantes de los trabajadores de una empresa, o en la elección de los miembros de la Junta de Gobierno de una Facultad universitaria;

- c) Es un derecho de ejercicio periódico en lo que se refiere a la participación mediante representantes. La periodicidad del ejercicio de participación forma parte del contenido esencial del mismo. El representante, una vez elegido, “tiene legitimidad de origen” y como consecuencia de ello tiene también “legitimidad de ejercicio”, hasta el próximo ejercicio del derecho de participación política por parte de los ciudadanos.
- d) Propugna en aras de efectivizar un adecuado equilibrio de poderes y labores de fiscalización- la participación de los ciudadanos, mediante mecanismos como: Iniciativa de Reforma Constitucional; Iniciativa en la Formación de Leyes; Referendum; Iniciativa en la Formación de dispositivos municipales y regionales. De igual modo enfatiza derechos de control de los ciudadanos a través de mecanismos como: Derecho de Rendición de Cuentas; Revocatoria y Remoción de Autoridades.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1) Precedente Vinculante. STC N° 3760-2004-AA, Caso Gastón Ortiz Acha (Inhabilitación Política)

- **Fundamentos Vinculantes.-** En el fundamento 28 se establece que “esta sentencia tiene efectos jurídicos vinculantes para todos los poderes y organismos públicos, de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”. Sin embargo, no especifica qué partes de la sentencia tienen tales efectos. En la sección resolutive se establece que los fundamentos 8, 21 y 22 forman “parte del fallo”.
- **Contenido del Precedente.-** En esta referida sentencia del Tribunal Constitucional N° 3760-2004-AA. **Caso Gastón Ortiz Acha**, a favor de Alberto Fujimori Fujimori, contra el Congreso de la República; se estableció como precedente vinculante: 1) los plenos efectos de la Resolución Legislativa N° 18-2000-CR, sobre inhabilitación al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, para ejercer funciones públicas por un periodo de diez años. Allí se precisó que una de las funciones esenciales de los Parlamentos contemporáneos es la función de control político. Para ello, el Congreso de la República cuenta con diversos mecanismos que le permiten realizar dicho control. Precisamente, uno de esos instrumentos es el juicio político, el cual está previsto en el artículo 100 de la Constitución Política de 1993. Sobre la inhabilitación política se estableció que es una sanción política que impone el Congreso de la República, luego de realizado el procedimiento de acusación constitucional, la misma

que está sujeta a criterios de razonabilidad constitucional. Es distinta, por su naturaleza, a la inhabilitación penal (prevista en el artículo 36 del Código Penal) y a la inhabilitación administrativa (según lo establece el artículo 3ro de la Ley de Carrera Administrativa, el artículo 159 de su Reglamento y la Ley Marco del Empleo Público), las cuales son de carácter estrictamente jurídicos.

Como tal la Inhabilitación Política como sanción política es impuesta por el Congreso de la República a los más altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99 de la Constitución por infracción a la Constitución y por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, los mismos que solo comparten una restricción en el ejercicio de los derechos políticos del funcionario que fue sancionado.

Alcances de la Prohibición al ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, para ocupar algún cargo público. La inhabilitación política incide sobre sus derechos políticos en dos ámbitos material y temporal. En el aspecto sustantivo, los efectos de la inhabilitación impiden al funcionario público sancionado ejercer el derecho de sufragio (elegir y ser elegido), el derecho de participación y el derecho a fundar, organizar, pertenecer o representar a una organización o partido político, movimiento o alianza. Dentro del ámbito temporal, el Congreso de la República puede inhabilitar al funcionario público “hasta por diez años” (artículo 100 de la Constitución), lo cual implica que el Congreso tiene discrecionalidad, dentro de los límites que establece la Constitución y al Reglamento del congreso, para establecer el tiempo durante el cual el funcionario quedará inhabilitado para ejercer sus derechos políticos. La restricción para el ejercicio de “toda función pública” opera tanto para lo referente a los cargos públicos derivados de elección, como al de acceso mediante concurso público o de designación, en consecuencia se está inhabilitado para postular, concursar y en general acceder a cualquier cargo o función pública durante el periodo de inhabilitación. **La inhabilitación política es consecuencia de un juicio político y es distinta de la inhabilitación judicial.**

2) Precedente Vinculante, STC N° 2791-2005-AA, Caso Julio Soberón Márquez (Inhabilitación Política. Acceso a los medios de comunicación del Estado. Partidos Políticos).

- **Fundamentos Vinculantes.-** Todos.

- **Contenido del Precedente.-** El Supremo Intérprete de la Constitución en la **STC N° 2791-2005-PA caso Julio Soberón Márquez y Gastón Ortiz Acha a favor de Alberto Fujimori Fujimori, contra el Congreso de la República, estableció como precedente vinculante:**

La inhabilitación política no puede extenderse más allá de lo dispuesto en nuestra Carta Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos y la legislación vigente. **Como correlato se estableció que la inhabilitación para ejercer toda función pública, no impide que el ciudadano inhabilitado puede ejercer su derecho constitucional de libertad de expresión, sujeto a la regulación legal sobre la materia.**

Acceso gratuito de las organizaciones políticas compartidas, movimientos y alcances conforme a la Ley, a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general, en cuanto estas concurren a la formación de la voluntad popular y contribuya, decididamente, al orden democrático del país.

Fines y objetivos de los partidos políticos. Por Ley N° 28094, del 31 de octubre de 2003, se regula la actividad de los partidos políticos y se declara entre los fines y objetivos de los partidos políticos: (a) asegurar la vigencia y defensa del sistema democrático, y (b) contribuir a la preservación de la paz, la libertad y la vigencia de los derechos humanos consagrados por la legislación peruana y los tratados internacionales a los que se adhiera el Estado (artículo 2°). Asimismo, de acuerdo con el artículo 14° de dicha ley, solo puede declararse la ilegalidad de una organización política por la Corte Suprema de la República, a pedido del Fiscal de la Nación o del Defensor del Pueblo, en los siguientes casos taxativamente señalados en ese precepto: cuando se vulneran sistemáticamente las libertades y los derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atestados contra la vida o la integridad de las personas o la exclusión o persecución de personas por cualquier razón, o legitimando la violencia como método para la consecución de objetivos políticos; complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones que, para la consecución de fines políticos, practiquen el terrorismo, o que con su prédica contribuyan a multiplicar los efectos de la violencia, el miedo y la intimidación que el terrorismo genera, y apoyar la acción de organizaciones que, para la consecución de fines políticos, practiquen el terrorismo, o que con su prédica contribuyan a multiplicar los efectos de la violencia, el miedo y la intimidación que el terrorismo genera, y apoyar la acción de organizaciones que practican el terrorismo y/o el narcotráfico.

La inhabilitación política no impide que se pueda ejercer el derecho constitucional a la libertad de expresión

3) Precedente Vinculante, STC N° 5854-2005-PA, Caso Pedro Lizana Puelles (Amparo Electoral)

- **Fundamentos Vinculantes.-** 35.
- **Contenido del Precedente.-** Interpretación del artículo 142° y 181° de la Constitución sobre revisión judicial de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (fundamento 35).

Procedencia de la demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones por afectación de derechos fundamentales (fundamento 35).

- 4) “El artículo 2° de la Constitución en su inciso 17) establece como un derecho fundamental de la persona el de participar en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa, y de referendum. De esta manera, nuestra legislación ratifica que el referendum es un derecho fundamental de la persona...” (Expediente 0003-1999-AI/TC, Fundamento Jurídico 1).
- 5) “Mientras el inciso 17) del artículo 2° y el artículo 31° de la Constitución Política del Perú reconocen el derecho a participar en la vida política del país, el artículo 100° autoriza al Congreso de la República a suspender o inhabilitar para el ejercicio de la función pública a un alto funcionario de la República...” (Expediente 2817-2002-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 3 y 4).
- 6) “El artículo 31° de la Constitución establece que los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos mediante referendum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades; que los ciudadanos tienen también derecho al voto, al goce de su capacidad civil, agregando que el voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años, siendo facultativo después de esa edad. El mencionado dispositivo termina prescribiendo ‘que es nulo, y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos’; que los derechos de participación, y control ciudadanos han sido reglamentados por la Ley N° 26300, que establece en su artículo 37° que el referéndum es el derecho de los ciudadanos para pronunciarse conforme a la Constitución en los temas normativos que se le consulte...” (Expediente 0003-1996-AI/TC, Fundamento Jurídico 1).

- 7) “El gobierno local constituye el elemento de la unidad estatal más cercano a la población y, como tal, es el más adecuado para promover mecanismos de democracia directa en la elaboración y supervisión de las diferentes políticas locales. En base a ello, como parte del progresivo proceso de descentralización, revisten gran importancia los planes de desarrollo local concertado y presupuestos participativos, donde la participación vecinal sea una constante no solo de supervisión en el manejo presupuestario, sino de reivindicación del ciudadano en la toma de las decisiones que van a surtir efectos en la vida del colectivo.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional, atendiendo al legítimo malestar ciudadano y a la desconfianza en la gestión municipal respecto a la cuantificación de arbitrios, considera necesario que se involucre a la ciudadanía a través de las juntas vecinales comunales para que participen en las sesiones del Concejo que aprueben las ordenanzas de arbitrios, debatiendo su costo global y los criterios de distribución, para de este modo reafirmar la legitimidad de estos cobros.

Con ello se busca incluir al ciudadano no solo en la elaboración de mecanismos de recaudación –de arbitrios como rentas municipales que constituyen ingresos propios-, sino además en el control de los fondos recaudados y su uso racional exclusivo para la financiación y mantenimiento del servicio.

Nuestra Ley Fundamental en su artículo 2°, inciso 17, reconoce la participación ciudadana como un derecho fundamental, estableciendo que “(...) toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (...)”.

Específicamente, el artículo 31° de la Constitución reconoce la participación ciudadana en el gobierno municipal de su jurisdicción, como derecho y deber constitucional del ciudadano. Siendo así, el artículo 116° de la Ley Orgánica de Municipalidades, establece que: “(...) las juntas estarán encargadas de supervisar la prestación de servicios públicos locales, el cumplimiento de las normas municipales, la ejecución de obras municipales y otros servicios que se indiquen de manera precisa en la ordenanza de su creación (...)”

Consecuentemente, se exhorta al legislador para que precise en la legislación que regula la producción normativa municipal, la forma cómo deberá concretarse la participación ciudadana en la determinación y distribución de arbitrios, a efectos de garantizar la eficacia de este derecho”. (Expediente 0053-2004-AI/TC, Considerando VIII).

15. AMPARO POR NACIONALIDAD

EXÉGESIS

La nacionalidad es el vínculo jurídico- político que se establece entre un hombre que vive en un determinado territorio y un Estado dueño de ese territorio. **Los artículos 52 y 53 de la Constitución precisan el derecho de nacionalidad, en concordancia con el art. 37 inc. 15 del C. P. Const.**

La nacionalidad, al igual que la mayoría de edad, conforma las condiciones para el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales. Así se tiene que el art. 204 del Código Civil (Igualdad de derechos para peruanos y extranjeros), prescribe: “Los derechos civiles son comunes a peruanos y extranjeros, **salvo las prohibiciones y limitaciones** que, por motivo de necesidad nacional, se establecen para los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras”. Tratándose de uno de los presupuestos subjetivos para la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, se entenderá que más que un derecho en sentido estricto, se trata más bien de una posición jurídica “fundamental” de que gozan los nacionales de origen, en razón de que se advierte que la nacionalidad es el presupuesto para el ejercicio del derecho fundamental de mayor significación desde el punto de vista jurídico – político; el derecho de sufragio, especialmente en su connotación pasiva, en cuanto su titularidad corresponde tan solo a los peruanos.

Históricamente, la nacionalidad como atributo de la persona, tiene su razón de ser en el principio de soberanía nacional recogido por la Constitución, en el sentido de que si se establece la soberanía de la Nación, es previa y de rango constitucional, la determinación de quién es nacional.

Conforme con el Art. 53 de la Constitución: “La ley regula las formas en que se adquiere o recupera la nacionalidad. La nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante la autoridad peruana”. Con lo que se establece un principio de reserva de la ley en materia de nacionalidad.

Una definición funcional de la nacionalidad, es entendida como un vínculo – con vocación de estabilidad y permanencia – de la persona con el Estado y solo con este; aunque, por su peculiar naturaleza, en gran medida, queda ejercitada dentro del campo de la autonomía de la voluntad.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. “El derecho al pasaporte no solo supone la expedición de un documento de identificación a nivel internacional que por sus propias características permite

el libre tránsito de un país a otro, sino que su presencia representa una garantía para su titular en relación con el Estado al que pertenece y que, como ente emisor, le otorga en cualquier caso su protección más allá de sus fronteras. Si dicho atributo no fuera entendido en tal sentido, el pasaporte solo quedaría reducido a un documento de abandono del país o de reingreso a su territorio, sin que el Estado tuviese por qué responder respecto del destino legal de sus ciudadanos cuando de identificaciones se trata ...” (Expediente 0120-1998-HC/TC Fundamento Jurídico 3).

- 2) “Si bien el derecho de obtener o renovar pasaporte puede reputarse como una exteriorización del derecho de nacionalidad, la Constitución Política ha establecido, para el caso de los extranjeros, que este vínculo específico se adquiere mediante el procedimiento de naturalización. Que, siendo así, la autoridad administrativa emplazada, al denegar la renovación del pasaporte a la actora, no ha incurrido en ilegalidad o arbitrariedad alguna, por cuanto el pasaporte que obtuvo la demandante en el año de 1993, se efectuó sin haber adquirido debidamente la nacionalidad peruana ...” (Expediente 0102-1997-HC/TC, Fundamentos Jurídicos 3 y 4).
- 3) “El derecho de nacionalidad es el derecho que posee toda persona por el hecho de haber nacido dentro del territorio de la República del Perú, denominándose peruanos de nacimiento. También son peruanos de nacimiento los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad. Son también peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú.

Este derecho está reconocido en el artículo 2º, inciso 21), de la Constitución Política, según el cual toda persona tiene derecho a la nacionalidad y nadie puede ser despojado de ella. El párrafo segundo del artículo 53º de la propia Constitución señala que la nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana...”. (Expediente 0010-2002-AI/TC Fundamentos Jurídicos 156 y 157).

- 4) “En los instrumentos internacionales suscritos por el Perú también se declara el derecho a la nacionalidad. Así, el artículo XIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, menciona que: ‘Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda’. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 15º, indica: ‘Toda persona tiene derecho a su nacionalidad. A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad’. La Convención

Americana sobre Derechos Humanos, a su vez, se refiere a este tema en el numeral 3), artículo 20º 'A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad...' " (Expediente 0010-2002-AI/TC, Fundamento Jurídico 157)

16. AMPARO POR TUTELA PROCESAL EFECTIVA (artículo 139 Inc. 3 de la Constitución, en concordancia con el art. 37 inc. 16 del C. P. Const.)

EXÉGESIS

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgadas por órganos jurisdiccionales de excepción (principio de legalidad y debido proceso). El artículo 4 del Código Procesal Constitucional define a la tutela procesal efectiva como: "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 sometida 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".

El Tribunal Constitucional Español ha definido el contenido del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, a partir de una doble perspectiva: negativa, expresa que el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva no puede consistir en el acierto del Juez. Y positivamente como derecho de contenido complejo que se proyecta en una serie de derechos, sintetizadas en: acceso a la justicia, obtención de un fallo y ejecución del mismo.

- Explica, Fernández Segado que el derecho de tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que puede sistematizarse del siguiente modo:⁴⁰

a) Un derecho de libre acceso al proceso a los tribunales. Este encierra dos derechos:

- El derecho de escoger la vía judicial que estime más conveniente para la defensa de los derechos e intereses legítimos de los justiciables.

40. FERNÁNDEZ SEGADO; Ob. Cit. p. 268

- El derecho a señalar las personas que han de considerarse demandados o sujetos pasivos en la correspondiente acción procesal.

b) Un derecho a la articulación del proceso es decir una facultad de preparación e instrumentalización de las pretensiones, gozando de libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas, pertinentes y admisibles.

c) Un derecho a la obtención de una resolución de fondo motivada, es decir, razonable y fundada en Derecho, con observancia plena del principio de congruencia. Salvo cuando exista causal impeditiva prevista por ley. De la exigencia de motivación deriva también la exigencia de congruencia, esta se puede vulnerar tanto por el fallo como por la fundamentación jurídica del mismo. El Tribunal

Constitucional Español diferencia entre incongruencia activa e incongruencia omisiva. La primera tiene que ver con la obligación de resolver las pretensiones de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal. En tanto la incongruencia omisiva tiene que ver con el incumplimiento total de dicha obligación.

El principio de congruencia es entendido como la adecuación o concordancia entre la parte dispositiva de la resolución y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones de tal modo que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiere pedido en la demanda (salvo, facultad ultra petita, ejercitable, prudencialmente, en los procesos constitucionales), ni menos de lo que hubiere sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa distinta, de lo pretendido.

Respecto, de la motivación, Pérez Royo, agrega: "el Juez, tiene que explicar por qué la voluntad general expresada en la norma le conduce a la conclusión a la que le conduce. De esta manera tiene que justificar ante las partes del proceso y ante la sociedad en general el carácter jurídico y no político de su decisión. Sin motivación la sentencia sería voluntas, pero no ratio, es decir, **sería una decisión política, pero no jurídica**"⁴¹

d) El derecho a la ejecución de la sentencia y resoluciones firmes.

41. PÉREZ ROYO Javier; Ob. Cit. p. 494.

- El cumplimiento del fallo judicial firme, en cuanto a que el accionante sea repuesto en su derecho incluso compensado, de ser posible, por el daño sufrido, es parte consustancial del derecho a la tutela judicial efectiva. De lo contrario las decisiones judiciales y de reconocimiento de los derechos que ellas reconocen a favor de alguna de las partes, correrían el riesgo de convertirse en simples declaraciones.
- e) El derecho de acceso a los recursos legales.
- Establece la posibilidad de utilizar los medios impugnatorios que la ley tiene preestablecidos. En cuanto el recurso constituye una prosecución del proceso y, consecuentemente, también una revisión del mismo por un órgano superior.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1) Precedente Vinculante. STC N° 3361-2004-AA, Caso Jaime Amado Álvarez Guillén (Ratificación de magistrados. Tutela procesal efectiva)

- **Fundamentos Vinculantes.**- 7 y 8, 17 a 20 y 26 a 43.
- **Contenido del Precedente.**- Aplicación del cambio de jurisprudencia sobre evaluación y ratificación de magistrados a los casos futuros – *prospective overruling* – (fundamentos 7 y 8).

Nuevos parámetros para la evaluación y ratificación de magistrados (fundamentos 17 a 20).

Derechos y reglas a ser observados en los procesos de ratificación de magistrados (fundamentos 26 a 43).

- 2) “La facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138°, segundo párrafo de la Constitución... el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51° de nuestra norma fundamental.

El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no

es un acto simple, requiriéndose, para que el sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

Que en el proceso constitucional, el objeto de imputación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3° de la Ley N° 23506).

Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.

Que la norma a inaplicarse resulte evidente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional [Ley N° 26435]...” (Expediente 1124-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 13).

- 3) “La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. En la sentencia recaída en el Exp. N° 1230-2002-HC/TC, este Colegiado sostuvo que dicho derecho no garantiza una determinada extensión de la motivación; o que se tenga que pronunciarse expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, ni excluye que se pueda presentar la figura de la motivación por remisión... dos son, en ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser ‘suficiente’, esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser ‘razonada’, o lo que es lo mismo, que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria o injustificada” (Expediente 2289-2004-HC/TC Fundamentos Jurídicos 15 y 17).

- 4) “La doctrina procesal define a la cosa juzgada de diversas maneras; así, ‘(...) si observamos cuál es el fin que las partes persiguen en el proceso, vemos que no es otro que el de obtener del Juez una declaración por la cual se decida definitivamente la cuestión litigiosa, de manera que no solo no pueda

ser discutida de nuevo en el mismo proceso, sino en ningún otro futuro (non bis in idem); y que, en caso de contener una condena, pueda ser ejecutada sin nuevas revisiones. Este efecto de la sentencia, sin duda alguna el más importante, es el que se designa con el nombre de cosa juzgada, que significa 'juicio dado sobre la litis', y que se traduce en dos consecuencias prácticas: 1º) La parte condenada o cuya demanda ha sido rechazada, no puede en una nueva instancia discutir la cuestión ya decidida (efecto negativo) y 2º) La parte cuyo derecho ha sido reconocido por una sentencia, puede obrar en justicia sin que a ningún Juez le sea permitido rehusarse a tener en cuenta esa decisión (efecto positivo) (...) [Alsina Hugo, *Derecho Procesal Civil y Comercial, Ediar, Buenos Aires, 1961, T. IV, pp. 122 - 124*] (Expediente 0442-2003-AA/TC Fundamento Jurídico 4).

- 5) “El artículo 139º, inciso 2) de la Constitución, reconoce el derecho a que se respete la cosa juzgada, en los términos siguientes: ‘Ninguna autoridad (...) puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni modificar sentencias (...)’. Asimismo, el artículo 139, inciso 13 de la Norma Fundamental, prevé que uno de los derechos de los justiciables, en el ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional, es la interdicción de que se revivan procesos fenecidos con resolución ejecutoriada.

En la STC N° 0818-2000-AA/TC, este Tribunal destacó que ‘(...) el respeto de la cosa juzgada no solamente constituye un principio que rige el ejercicio de la función jurisdiccional, y por cuya virtud ninguna autoridad –ni siquiera jurisdiccional– puede dejar sin efecto resoluciones que hayan adquirido el carácter de firmes, conforme lo enuncia el inciso 2) del artículo 139º de la Constitución, sino también un derecho subjetivo que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional, y que garantiza a los que han tenido la condición de partes en un proceso judicial, que las resoluciones dictadas en dicha sede, y que hayan adquirido el carácter de firmes, no pueden ser alteradas o modificadas, con excepción de aquellos supuestos legalmente establecidos en el ámbito de los procesos penales’ (FJ 3).

En tal oportunidad se sostuvo que la finalidad del derecho reconocido en la Constitución es la de prohibir que lo resuelto sea desconocido por medio de una resolución judicial posterior, aunque se argumente que la decisión inicial no se ajustaba a la legalidad aplicable, impedimento que se hace extensivo a cualquier otra autoridad judicial, aunque esta fuera de una instancia superior, precisamente porque, habiendo adquirido el carácter de firme, cualquier clase de alteración de lo resuelto importaría una afectación del núcleo esencial del derecho” (Expediente 0192-AA/TC Fundamentos Jurídicos 8 y 9).

- 6) “La sentencia N° 2050-2002-AA/TC este Colegiado ha precisado que la dimensión procesal del principio ne bis in ídem, en virtud de la cual se garantiza que ‘nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos’; es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o que se inicien dos procesos con el mismo objeto, impidiéndose así la dualidad de procedimientos y el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos.

Hay que considerar que este supuesto solamente existe cuando haya identidad de hecho e identidad de sujeto, lo que se presenta en caso de autos; pero, además, es necesario que exista un proceso concluido, es decir, que tenga carácter de cosa juzgada, lo que existirá solo cuando, como se menciona en nuestra Constitución, haya resolución ejecutoriada, amnistía, indulto, sobreseimiento definitivo y/o prescripción.

Si bien en el caso de autos existe un auto de denegación para procesar los delitos de asociación ilícita para delinquir, no se puede afirmar que en este exista ‘(...) un peligro a la exposición del riesgo de un nuevo sometimiento de quien ya ha sido recurrido por el mismo hecho (...)’ (CARRIÓN, Alejandro D., *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 1ª reimpresión de la 3ª edición ampliada, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pp. 380-340), pues lo que protege el principio ne bis in ídem, no incluye las resoluciones que declaran que hay falta de pruebas para condenar a un acusado, sino que protege que una persona que ya ha tenido una sanción, o ha sido absuelto de un delito, no vuelva a ser perseguido por el mismo supuesto.

Por todo lo expuesto se puede considerar que en el presente proceso de amparo no se acredita la violación del principio ne bis in ídem, pues, por lo visto en autos, no existe un presupuesto de cosa juzgada en las decisiones tomadas en las resoluciones que declaran no ha lugar la apertura de instrucción [contra Ernesto César Schutz Landázuri], sino simplemente hay una decisión por la que no se puede presumir la inexistencia de culpabilidad, sino solamente la inexistencia de argumentos suficientes para abrir la investigación en dicho estado del proceso... Que, de los actuados en autos no se aprecia vulneración alguna al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, ni mucho menos al principio ne bis in ídem, toda vez que el acto cuestionado es la declaración del órgano jurisdiccional de ampliación del auto de apertura de instrucción respecto a la reunión que el recurrente tuviera con Vladimiro Montesinos y Víctor Joy Way, conforme obra a fojas 18, fundada en una situación distinta a la que se aprecia a fojas 15, por la que se dispuso no ha

lugar la apertura de instrucción a la reunión sostenida por el recurrente con Genaro Delgado Parker, por lo que la presente demanda debe ser desestimada” (Expediente 2297-2005-PA/TC, Fundamentos Jurídicos 4 y 6).

- 7) “Desde luego, no solo los principios materiales del derecho sancionador del Estado son aplicables al ámbito del derecho administrativo sancionador y disciplinario. También lo son las garantías adjetivas que en aquel se deben de respetar. En efecto, es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución no solo tiene una dimensión por así decirlo, ‘judicial’, sino que se extiende también a sede “administrativa” y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a ‘cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, [la que] tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana’ (Caso del Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71)... “ (Expediente 1941-2002-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 19 y 20).
- 8) “En suma, el problema de la ley aplicable en el tiempo en normas como la Ley N° 27770 [Ley que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública, de 28 de junio de 2002] ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse...” (Expediente 1593-2003-HC/TC, Fundamento Jurídico 9).
- 9) “El derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que se destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y, como quedó dicho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

A diferencia de lo que sucede en otras constituciones, la nuestra no alude al derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”. Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que nuestra Carta Fundamental tan solo garantice un proceso “intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las

modalidades de su tránsito, sino también (...) capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad” (STC Exp. N° 010-2002-AI/TC).

Precisamente, la necesidad de entender que el derecho a la tutela jurisdiccional comprende necesariamente su efectividad, se desprende tanto del artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos como del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De acuerdo con el primero, “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”. Conforme al segundo, “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...)”.

Como el Tribunal Constitucional ha recordado, tal derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo esencialmente está referido a los procesos constitucionales de la libertad. Sin embargo, de ello no debe inferirse que tales exigencias (sencillez, brevedad y efectividad) se prediquen solo en esta clase de procesos. Dado que en ambos instrumentos internacionales se hace referencia a los derechos reconocidos en la “ley”, tales características deben considerarse extensivas también a los denominados procesos judiciales ordinarios” (Expediente 0015-2001-AI/TC, Fundamentos Jurídicos 9 y 10).

- 10) “En relación al derecho a ser juzgado sin dilataciones indebidas, este Tribunal considera pertinente recordar que el derecho a que una persona sea juzgada dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad, que debe guardar la duración de un proceso para ser reconocido como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocida en la Carta Fundamental (artículo 139°3 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana.

Es necesario precisar que el derecho a la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva es distinto –tanto en su contenido como en sus presupuestos– del derecho a la razonabilidad del plazo del proceso en su totalidad, al que hace alusión el artículo 8°.1 de la Convención Americana.

Por lo demás, la interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

Al respecto, debe señalarse que existen diversos tratados en materia de derechos humanos, ratificados por el Estado, que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9°.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “[toda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”. Por su parte, el artículo 7°.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce el derecho de “[toda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”.

Según el artículo 9°.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “[toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”.

A mayor abundamiento, el artículo 8°.1 de la Convención establece que: [toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En tal sentido, el principio de “plazo razonable” al que hacen referencia los artículos 7°.5 y 8°.1 de la Convención Americana, tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente.

En consecuencia, el derecho a que el proceso tenga un **límite temporal** entre su inicio y fin, forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, y, por tanto, no puede ser desconocido” (Expediente 0549-2004-HC/TC, Fundamentos Jurídicos 3 y 6).

11) “Como en diversas oportunidades lo ha recordado este Colegiado, la dimensión sustantiva del debido proceso administrativo se satisface, no tanto por que la decisión sancionaria se haya expedido con respeto de los derechos constitucionales de orden procesal, sino, por lo que al caso importa resaltar, cuando la sanción impuesta a una persona no se encuentra debidamente fundamentada, sea irrazonable o excesiva, de cara a las supuestas faltas que se hubieran podido cometer, como ha sucedido en el presente caso” (Expediente 2868-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 26)

12) “Es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución no solo tiene una dimensión, por así decirlo, ‘judicial’, sino que se extiende también a sede ‘administrativa’. En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.

El derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: al juez natural –jurisdicción predeterminada por la ley–, de defensa a la pluralidad de instancias, a los medios de prueba y a un proceso sin dilaciones. En el caso de autos, la lesión al debido proceso se constata por el uso de un mecanismo inapropiado e indebido para la sanción de nulidad de contratos, más precisamente mediante una ordenanza” (Expediente 0003-2004-AI/TC, Fundamentos Jurídicos 20 y 21).

13) “En la STC 2050-2001-AA/TC, este Tribunal ha recordado que uno de los derechos que conforman la tutela procesal efectiva es el *ne bis in ídem*, que garantiza, en su dimensión procesal, el derecho a no ser enjuiciado dos o más veces por el mismo hecho, y en su dimensión material, el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico. En el caso, el recurrente alega la violación de la dimensión procesal del *ne bis in ídem* pues, a su juicio, por los mismos hechos que ahora habría merituado que el juez le abra un nuevo proceso penal, él ya habría sido juzgado con anterioridad. Sin embargo, conforme se observa de la resolución que obra a fojas 6, tal identidad de hechos que se alega no es verosímil, habida cuenta que la conducta por la cual fue juzgado el recurrente en el primer proceso penal se debió a una usurpación realizada el día 31 de marzo de

1995, mientras que la que actualmente se juzga, en el nuevo proceso penal, se realizó el 4 de mayo de 2000. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, al que se refiere el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, por lo que el recurso de agravio constitucional debe desestimarse” (Expediente 1748-2005-AA/TC, Fundamento Jurídico 3).

17. AMPARO POR DERECHO A LA EDUCACIÓN, contiene el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos. Así como el de impartir educación dentro de los principios constitucionales (artículos 13 y 14 de la Constitución Política, expresión de la libertad de enseñanza garantizada por el Estado, en concordancia con el art. 37 inc. 17 y 18 del C. P. Const.)

EXÉGESIS

“Sin derecho a la información no puede existir la sociedad y el Estado democrático. Sin derecho a la educación tampoco”, enseña Pérez Royo⁴².

- Podemos diferenciar entre el derecho a la educación y el derecho a la libertad de enseñanza. Así, mientras el derecho a la educación es un derecho prestacional, la libertad de enseñanza y los que de ella emanan son verdaderas libertades públicas, sin que ello sea óbice para admitir la íntima vinculación entre aquel derecho y estas libertades⁴³. El derecho a la educación no es un derecho de libertad que puede ejercerse o no ejercerse. Es un derecho que tiene que ser ejercido inexcusablemente. La educación no es un derecho – libertad, sino un derecho – deber para cada ciudadano. Por esto es una obligación insoslayable para el Estado⁴⁴.
- El contenido del derecho a la educación puede sistematizarse del modo siguiente:⁴⁵

42. PÉREZ ROYO Javier; Ob. Cit. p. 524.

43. FERNÁNDEZ SEGADO; Ob. Cit. p. 342.

44. PÉREZ ROYO Javier; Ob. Cit. p. 527.

45. FERNÁNDEZ SEGADO; Ob. Cit. p. 345.

- a) Derecho de pleno acceso a las enseñanzas conformantes del sistema educativo. El derecho a la educación no se agota con el acceso a la enseñanza básica; sino también reconoce la posibilidad de acceder a otros niveles de enseñanza, en su caso educación secundaria y universitaria. Claro está, que el acceso a los niveles superiores de educación, tiene que basarse en las aptitudes y vocación de cada uno, pero eso si descartando la discriminación que podría originarse en razón de la capacidad económica, nivel social o lugar de residencia del educando.
- b) El derecho a una educación básica gratuita. En razón de que se busca sentar las bases y condiciones para que el ejercicio del derecho a la educación tenga eficacia.
- c) El derecho a recibir una educación que asegure el pleno desarrollo de la personalidad. Enfatiza el carácter formativo e integral del proceso educativo; con respeto de los principios democráticos de convivencia y libertades fundamentales. Cautelando, por tanto la libertad de conciencia y convicciones religiosas y morales del alumno, con fortalecimiento de la capacidad de tolerancia dentro de una pedagogía de la convivencia entre estratos sociales diferentes.
- d) El derecho a una evaluación objetiva del rendimiento escolar. La evaluación debe ser integral y continua, con parámetros – previamente establecidos – comprendiendo destrezas, habilidades y capacidades.
- e) El derecho a la calidad de enseñanza. Supone entre otros factores como: cualificación y formación del profesorado; adecuada programación docente, con recursos educativos suficientes y adecuada infraestructura que permitan un desarrollo eficaz y eficiente del proceso educativo.
- f) El derecho a un tratamiento disciplinario exento de arbitrariedad. En suma, la instauración, previa a la sanción, de un debido proceso sobretodo para las sanciones por faltas graves, que necesariamente debe constar y producirse dentro de un expediente, con audiencia del alumno interesado, para el caso de ser menor, de sus padres o tutores.

- En cuanto a la libertad de enseñanza y el derecho de los padres de familia de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo, reconocidos por la Constitución en el art. 13. La libertad de enseñanza puede ser entendida como una proyección regular de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones de esta, se deriva el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que deseen para sus hijos. Por la libertad de enseñanza no puede tolerarse un monopolio exclusivo del Estado en el sistema educativo por tanto se promueve la iniciativa privada en la creación de instituciones educativas.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) El Tribunal Constitucional en la Sentencia expedida, en el expediente 04323-2004-AA/TC, precisó que: “el derecho a la educación posee un carácter binario en razón de que no solo constituye un derecho fundamental, sino también en servicio público dado que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones o fines del Estado, de ejecución, o por el propio Estado o por terceros y haga fiscalización estatal”.

El Artículo 13 de la Constitución Política prescribe que la educación: “tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana”. En tanto el artículo 14 precisa que: “promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica las artes, la educación física y el deporte”, preparando al educando para la vida, el trabajo y fomentando la solidaridad. Con este propósito el Estado se encuentra obligado a garantizar la continuidad del servicio y brindar un acceso efectivo para todos los habitantes del territorio nacional en especial a los de menores recursos.

- 2) A propósito de la Educación Universitaria. (Impedimento de ingreso, por no estar al día en los pagos)

El Tribunal Constitucional en el Expediente 00607-2009-PA/TC. Caso Jhon Lojas Flavio Roberto, contra **Universidad Inca Garcilazo de la Vega**, sobre **Amparo por violación al derecho a la educación (en cuanto no se le permitía el ingreso a la Facultad de Derecho de dicha Universidad, para rendir sus exámenes parciales y finales; por no estar al día en sus pagos)**, estableció que: “es preciso destacar que el derecho fundamental a la educación universitaria no solo garantiza, entre otros, el derecho de acceso a la universidad en condiciones de igualdad (**previo cumplimiento de los requisitos que razonablemente se impongan al respecto**), sino también

el derecho a **permanecer** en ella **libre de limitaciones arbitrarias** mientras se desarrolle el estudio y la actividad de investigación, e incluso el derecho a la obtención del respectivo título universitario una vez cumplidos los requisitos académicos y administrativos correspondientes”. El Tribunal estableció que en el ámbito del derecho a la educación en general y de la educación universitaria en particular, “uno de los elementos esenciales en la configuración constitucional de este derecho es, pues, el derecho a permanecer en el centro de estudios sin interferencias irrazonables, que garantice justamente la finalidad a la cual está ligada el servicio educativo, esto es, el aprendizaje adecuado de los conocimientos y técnicas que la formación educativa provee”, al respecto se precisó que la interrupción de los estudios del demandante como medio para lograr el pago de la prestación educativa, se presenta como una interrupción razonable de la permanencia del demandante en la universidad, por tanto deviene en una limitación arbitraria y desproporcionada y, por tanto, ilegítima por parte de la entidad emplazada. Sin dejar de atender también el legítimo derecho de la entidad educativa privada de requerir la contraprestación dineraria correspondiente.

El Tribunal Constitucional haciendo un **examen de proporcionalidad** para preservar el mayor equilibrio posible entre la continuidad del servicio educativo sin discriminación de ningún tipo y parte del **contenido esencial** del derecho a la educación y la potestad de la empresa privada de recibir la prestación dineraria a cambio – como correlato de la libertad de empresa de la entidad universitaria demandada–, **precisó que la medida de impedimento de rendir los exámenes por falta de pago de la pensión de estudios se presenta como una medida de intervención grave o fuerte en el derecho del estudiante a recibir de modo regular y continuo el servicio educativo, de forma tal que pueda acceder en términos adecuados a la formación universitaria brindada**. Es evidente que el hecho de no poder rendir los exámenes, sean estos parciales, de unidad o finales, deja al estudiante en tal desventaja que difícilmente pueda considerarse que superaría satisfactoriamente el ciclo de estudios, con la consiguiente pérdida del tiempo invertido en los estudios adelantados, el registro desaprobatorio de las notas por causas no académicas y la interrupción del proceso de aprendizaje técnico y científico. Si a ello sumamos que, según el Reglamento de la Universidad emplazada, también se le impedía al estudiante moroso el ingreso al campus universitario, ello representa en la práctica una interrupción abrupta del ciclo de estudios, que afectaría gravemente la continuidad intrínseca al servicio educativo garantizada como un contenido básico del derecho a la educación.

En tanto frente a dicha afectación grave del derecho a la educación universitaria, en su dimensión de continuidad del servicio, el grado de protección o satisfacción de la libertad de empresa de la entidad universitaria demandada se refleja solo como leve, en el entendido que la universidad no pierde el derecho ni una oportunidad adecuada para hacer efectivo el cobro de la contraprestación adecuada. En este contexto, no es de recibo el argumento según el cual la medida adoptada por la Universidad puede llegar a proteger de modo intenso la libertad empresarial, en tanto la continuidad del estudiante sin la contraprestación debida fomenta una cultura del “no pago” y deja en indefensión a la Universidad respecto al cobro de la deuda; y ello porque lo único que se está solicitando y que este Tribunal está evaluando es si el estudiante puede continuar estudiando y rindiendo sus exámenes de cara a superar el ciclo de estudios en curso. En dicha línea, la admisión de la permanencia del estudiante moroso durante el ciclo no supone el incumplimiento indefinido de su obligación contractual, sino solo lo circunscribe a lo que dure el ciclo de estudios con el objeto de proteger la continuidad del servicio educativo. Es difícil pensar que esta solución fomente una cultura del no pago, pues quien quiera seguir regularmente sus estudios y tenga posibilidad económica de hacerlo en una universidad privada, simplemente pagará su pensión de modo regular, pues de lo contrario haría acumular una deuda de modo innecesario. Por otro lado, no se deja a la universidad en indefensión frente a su pretensión de cobrar lo adeudado, pues tendrá el derecho de hacerlo en la próxima matrícula, como condición indispensable para registrar al alumno en el ciclo siguiente.

El Tribunal Constitucional remarca, amparándose en un fallo de la Corte Constitucional Colombiana del 2001, que configura una violación al derecho a la educación (en la modalidad de prestación del servicio educativo) la **interrupción abrupta** por falta de pago del proceso educativo, por ejemplo cuando no ha finalizado el año lectivo; es decir no se permite la culminación del año lectivo; o en su caso si por razones ajenas al ámbito académico, se suspende el proceso educativo.

- 3) “Debe tenerse presente que la Constitución Política del Perú, en sus artículos 13° y 15°, ha consagrado que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana, correspondiendo a los padres de familia el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros educativos, y que el educando tiene derecho al respeto a su identidad, así como al buen trato psicológico y físico...” (Expediente 0005-1997-AA/TC, Fundamento Jurídico 4).
- 4) “No debe olvidarse que los centros educativos no solo constituyen instituciones de aprendizaje académico, sino de formación personal y perfil vocacional.

Aunque en ellos la disciplina es un elemento esencial, los problemas de conducta no se solucionan con la sola individualización de los responsables y su eventual exclusión, sino con la determinación del origen de los problemas y la aplicación de soluciones razonables para los mismos, lo que, no se agota con compromisos de tipo moral, como parece creerlo la demandada”. (Expediente 3879-2004-AA/TC-Resolución. Considerando 3).

18. AMPARO POR SEGURIDAD SOCIAL

EXÉGESIS

Este Derecho propio del denominado constitucionalismo social, ha sido incorporado como protegido mediante el amparo, por el art. 37 inc. 19 del Código Procesal Constitucional; y encuentra correlato en el artículo 10 de la Constitución, en cuanto, el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social para que pueda hacer frente a las contingencias que depara la vida.

Es consustancial al ser humano el protegerse frente a la incertidumbre del mañana, frente a la miseria que podría surgir al disminuir sus capacidades físicas o intelectuales. De modo integral la seguridad social podría ser definida como: “el conjunto de esfuerzos realizados por una sociedad, con la finalidad de prevenir los riesgos sociales y reparar sus efectos. Estos esfuerzos se integran en un sistema de políticas, normas, actividades de administración, procedimientos y técnicas”⁴⁶.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. “El artículo 13° de la Constitución Política de 1979 establecía que: ‘la seguridad social tiene como objeto cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte viudez, orfandad y cualquier otra contingencia susceptible de ser amparada conforme a ley, el cual concuerda con el artículo 10° de la Constitución Política de 1993 [...]. En consecuencia, desestimar la presente demanda sería desconocer al demandante su derecho constitucional a la seguridad social, el cual es irrenunciable...” (Expediente 1080-2000-AA/TC, Fundamento Jurídico 5).
2. “El artículo 10° de la vigente Constitución Política garantiza a toda persona el derecho universal y progresivo a la seguridad social, derecho constitucional que tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a la persona frente a las contingencias de la vida; y, por otro, elevar su calidad de vida, lo cual se

46. RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. “Derecho de la Seguridad Social”. Ediciones Tarpuy. Lima – Perú. Pág. 67.

concreta a través de los distintos regímenes de pensiones que pudiera establecerse, y con la pensión que, en este caso, resulta ser el medio fundamental que permite alcanzar dicho nivel de vida,

En consonancia con ello, este Tribunal ha precisado que la seguridad social es un derecho humano fundamental, que supone el derecho que le asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos mediante los cuales pueda tener una existencia en armonía con su dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

El Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a las Normas Mínimas de la Seguridad Social ratificado por el Perú el 23 de agosto de 1961, establece las contingencias amparadas por el derecho a la seguridad social, entre ellas las prestaciones de vejez, asistencia médica, invalidez, sobrevivencia, entre otras. Al respecto, cabe señalar que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Política del Estado, los derechos reconocidos por esta deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos reconocidos por el Estado.

La pensión de jubilación constituye una de las prestaciones sociales básicas que goza de jerarquía constitucional, por lo que no puede ser desconocida por la Administración, toda vez que los derechos constitucionales deben orientar la actuación de los poderes públicos, a tenor del artículo 44° de la Constitución, que prescribe que es un deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” (Expediente 2186-2002-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 1 a 4).

3. “El Tribunal Constitucional, en las sentencias recaídas en los Exp. N°s 956-2001-AA/TC y 574-2003-AA/TC, ha manifestado que en los casos de restitución de derechos y en los que el pago de la prestación resultara insignificante, por equidad, debe aplicarse el criterio expuesto en el artículo 1236° del Código Civil. Dichas ejecutorias también señalan que debe tenerse en cuenta el artículo 13° de la Constitución Política de 1979, que declaraba que ‘La seguridad social tiene como objeto cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, orfandad y cualquier otra contingencia susceptible de ser amparada conforme a ley’, lo cual concuerda con lo que establece el artículo 10° de la vigente Carta Política de 1993” (Expediente 4514-2040-AA/TC, Fundamento Jurídico 13).

19. AMPARO POR REMUNERACIÓN Y PENSIÓN

Art. 24 de la Constitución, en concordancia con el art. 37 inc. 20 del C. P. Const.

EXÉGESIS

El artículo 24° de la Constitución prescribe que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por su naturaleza alimentaria el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador. En tanto el derecho a una pensión en sus distintas modalidades, está reconocido en el artículo 11° de la Constitución, en cuanto el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. De lo que resulta siendo inconstitucional que las denominadas AFPs le nieguen el derecho de salir de las mismas a un afiliado que lo solicite.

Sobre la remuneración como derecho del trabajador, expresa Manuel ALONSO OLEA: “Si el trabajo es productivo, surgen de él los frutos precisos para la subsistencia de quien trabaja; si son cedidos originariamente a otro por que el trabajo sea por cuenta ajena, el otro ha de compensar la cesión con bienes valiosos que permitan que siga siendo productivo el trabajo dentro de la relación de ajenidad. Un trabajo a la vez productivo y por cuenta ajena es, por tanto, necesariamente remunerado, siendo la remuneración la compensación que necesariamente ha de dar el cesionario por los frutos que se le ceden”⁴⁷.

En tanto, sobre la pensión de Jubilación en aproximación etimológica se tiene que el término jubilación deriva, mediante el latín, del hebreo Yobel (Júbilo, alegría, fiesta pública que celebraban los esclavos libertos en la era romana). En sentido previsional, jubilación es el derecho que le asiste a toda persona de dejar de ejercer una actividad remunerada y retirarse del mercado laboral por razones de vejez, invalidez, o por su propia voluntad, percibiendo una renta vitalicia sustitutoria de la que percibía durante su ejercicio laboral.⁴⁸

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) **Precedente Vinculante, STC N° 1417-2005-PA, Caso Manuel Anicama Hernández** (Amparo Previsional. Contenido esencial del Derecho a la pensión).

47. ALONSO OLEA Manuel y CASAS BAAMONTO María Emilia; Ob. Cit. p. 46.

48. FAJARDO Martín, “Derecho de la Seguridad Social”, Tomo I, Idemsa P. 211.

- **Fundamentos Vinculantes.-** 37 y 54 a 58.
- **Contenido del Precedente.-** Procedencia del amparo en materia pensionaria / Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión (fundamentos 37.a, 37.b, 37.c, 37.d, y 37.e).

Improcedencia de amparo en materia pensionaria / Contenido no constitucionalmente protegido del derecho a la pensión (fundamentos 37.c, 37.f y 37.g).

Reglas procesales aplicables a los procesos de amparo en trámite relacionados con pensiones y que no cumplen con los requisitos de procedibilidad (fundamento 54 a 58).

2) Precedente Vinculante, STC N° 2877-2005-PA, Caso Luis Lagomarcino Ramírez (Recurso de Agravio Constitucional) (Ley 23098. Pensión mínima o inicial).

- **Fundamentos Vinculantes.-** 15, 22, 24, 25, 28 y 31.
- **Contenido del Precedente.-** Procedencia del recurso de agravio constitucional (RAC) frente a situaciones en las que se ha producido sustracción de la materia o **resulte imposible la protección de derechos fundamentales ante el acto lesivo alegado** (fundamento 15.a).

3) Precedente Vinculante, STC N° 5189-2005-PA, Caso Jacinto Gabriel Angulo (Ley 23098. Pensión mínima o inicial)

- **Fundamentos Vinculantes.-** 5, 7 al 21.
- **Contenido del Precedente.-** Interpretación del Tribunal Constitucional sobre la aplicación de la Ley N° 23908 (fundamento 5).

Pensión mínima según la Ley N° 23908 (fundamentos 8 al 19).

Prohibición de reajuste trimestral automático de acuerdo con la Ley N° 23908 (fundamentos 20 y 21).

4) Precedente Vinculante, STC N° 9381-2006-PA, Caso Félix Vasi Zevallos (ONP – Bono de reconocimiento)

- **Fundamentos Vinculantes.-** 9.
- **Contenido del Precedente.-** Obligación de la Oficina de Normalización Previsional de atender los pedidos de variación de bonos de reconocimiento de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.

5) Precedente Vinculante. STC N.º 7281-2006-PA, Caso Santiago Terrones Cubas (Desafiliación de las AFP's).

- **Fundamentos Vinculantes.-** 27 y 37.
- **Contenido del Precedente.-** Falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación de una AFP (fundamento 27).

Procedimiento a seguir para la desafiliación en el supuesto de falta o insuficiencia de información (fundamento 37).

6) Precedente Vinculante. STC N° 6612-2005-AA, Caso Onofre Vilcarima Palomino (Pensión Vitalicia. Pensión de invalidez. Enfermedad profesional)

- **Fundamentos Vinculantes.-** 19 al 28.
- **Contenido del Precedente.-** Prescripción de la pensión vitalicia (fundamento 19).

Ámbito de protección del Decreto Ley N° 18846 y del Decreto Supremo N° 002-72-TR (fundamento 20).

Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional (fundamento 21).

Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad (fundamento 22).

El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional (fundamento 23).

La pensión mínima del Decreto Legislativo N° 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional (fundamento 24).

El arbitraje en el Seguro Complementario en el Trabajo de Riesgos (SCTR) y la excepción de convenio arbitral (fundamento 25).

Responsabilidad del Estado en el SCTR (fundamento 26).

La inversión de la carga de la prueba (fundamento 27).

Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo (fundamento 28).

7) Precedente Vinculante. STC N° 10087-2005-AA, Caso Alipio Landa Herrera (Pensión vitalicia. Pensión de invalidez. Enfermedad profesional. Decreto Ley 18846, Ley 26790)

- **Fundamentos Vinculantes.**- 20 al 29.

- **Contenido del Precedente.**- Imprescriptibilidad de la pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 (fundamento 20).

Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y el DS 002-72-TR (fundamento 21).

Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional (fundamento 22).

Percepción simultánea de **pensión vitalicia y remuneración**: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad (fundamento 23).

Percepción simultánea de **pensión de invalidez y remuneración**: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad (fundamento 23).

Incompatibilidades entre pensiones (fundamento 23).

Nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional (fundamento 24).

Pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional (fundamento 25).

Arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral (fundamento 26).

Cobertura supletoria de la ONP en los casos de riesgos por invalidez temporal o invalidez parcial permanente – Responsabilidad del Estado en el SCTR (fundamento 27).

Inversión de la carga de la prueba en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 (fundamento 28).

Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA (fundamento 29).

8) Precedente Vinculante, STC N° 5430-2006-PA, Caso Alfredo de la Cruz Curasma (Pago de devengados e intereses)

- **Fundamentos Vinculantes.**- 13, 14 y 15.

- **Contenido del Precedente.**- Procedencia de la Demanda de Amparo respecto a pensiones devengadas, reintegros e intereses.

Reglas de procedencia para demandar el pago de pensiones devengadas, reintegros e intereses.

Reconocimiento de la pensión de jubilación y cesantía.

Reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Afectación al mínimo legal o necesidad de tutela urgente.

Afectación del derecho de igualdad.

Procedencia del recurso de agravio constitucional para el reconocimiento de devengados e intereses.

Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo.

9) Precedente Vinculante, STC N° 2513-2007-PA, Caso Ernesto Casimiro Hernández Hernández

- **Fundamentos Vinculantes.**- 9, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 21, 24, 26, 27, 29, 31, 34, 37, 40, 42, 45, 46, 48 y 49.

- **Contenido del Precedente.**- Unifica las reglas contenidas en los precedentes vinculantes establecidos en las sentencias emitidas en los Exps. N° 10063-2006-PA, 6612-2005-PA, 10087-2005-PA y 00061-2008-PA.

No se exigirá condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR la percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud (fundamento 21).

Procedencia del reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley N° 18846 y procedencia del reajuste del monto de la pensión de invalidez de la Ley N° 26790 (fundamento 29).

Improcedencia del amparo cuando el demandante no presenta dentro de los 60 días hábiles de solicitado el dictamen o certificado médico por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades (fundamento 46).

Los jueces que califican demandas de amparo interpuestas a partir del 19 de enero de 2008 y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al Decreto Supremo N° 003-98-SA, las declararán improcedentes si advierten que el demandante no ha adjuntado a su demanda el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS (fundamento 48).

Imposición de las medidas coercitivas contenidas en el artículo 22° del CPConst. para la ONP y compañías de seguros que no apliquen los precedentes vinculantes. Asimismo se impondrá pago de costas y costos a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los precedentes vinculantes referidos en la sentencia. Y a los abogados se les impondrá el pago de una multa, cuando en autos quede demostrado que tenían conocimiento de que patrocinan procesos cuyas pretensiones son contrarias a los precedentes vinculantes (fundamento 49).

- 10) “El artículo 24° de la Constitución Política del Perú reconoce la categoría prioritaria de la remuneración del trabajador, estableciendo que su determinación sea suficiente para procurar el bienestar material y espiritual de él y su familia; que las fluctuaciones del valor de la moneda nacional por causa de la inflación u otros fenómenos de carácter económico hacen que la pensión pierda capacidad adquisitiva en forma paralela, lo cual, con el transcurso del tiempo, promueve que se llegue al extremo de que desaparezca, como se da en el presente caso; a fojas treinta se pueda apreciar que la pensión de viudez nivelada correspondía a un monto de cuatro millones ochocientos veintinueve mil novecientos noventa y uno obtuvo un monto de quince nuevos soles con ochenta y ocho céntimos. Que, tratándose de pensiones en el presente caso, que asumen el carácter alimentario del trabajador cesante o jubilado y cuyo pago es obligatorio, el Tribunal

Constitucional no puede hacer menos que acoger la pretensión de la demandante, en el extremo referido a nivelaciones ...” (Expediente 0698-1998-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 5 y 6).

20. AMPARO POR LIBERTAD DE CÁTEDRA

Artículo 18 de la Constitución, en concordancia con el art. 37 inc. 21 del C. P. Const.

EXÉGESIS

Nadie puede ser detenido ni juzgado por lo sostenido o afirmado dentro del magisterio de la enseñanza universitaria, cualesquiera que haya sido el concepto que hubiere vertido. El añadido de rechazo a la intolerancia tiene un doble carácter, por una parte el derecho del profesor frente a la casa de estudios; y por otro el derecho del estudiante a no ser avasallado por un profesor que no permita crítica ni discrepancia en el dictado de su curso.

Es entendida como: “la exención de trabas que ha de tener todo profesor para investigar, exponer y transmitir el saber científico mediante la lección, seminarios, conferencias, escritos y experimentos a quien quiera aprender”⁴⁹.

Por tanto más que un derecho del profesor, la libertad de cátedra se reconoce, más bien, como una garantía institucional en beneficio del mismo profesor, de sus alumnos y de la sociedad en general.

Si bien, en razón de su origen, se entendía como libertad predicada solo respecto de los docentes de la enseñanza superior (denominadas tradicionalmente como “catedras”). El Tribunal Constitucional Español, entiende que esa libertad es atribuible a todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan y la relación que media entre su docencia y su propia labor de investigación. La libertad de cátedra tiene un contenido negativo, en cuanto faculta al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada. Libertad de cátedra es así una noción incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales⁵⁰. Esto por cuanto en un Sistema Constitucional sustentado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y en especial las educativas han de ser ideológicamente neutrales.

49. LUCAS VERDÚ; citado por Fernández Segado, en el Sistema Constitucional Español. Pág. 357.

50. FERNÁNDEZ SEGADO; Ob. Cit. p. 358.

El Tribunal Constitucional Español, ha expresado que la libertad de cátedra también se reconoce con plenitud a los docentes de los centros educativos privados. Remarca que la existencia de un “ideario” no obliga al profesor a convertirse en un apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni tampoco a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) “El aspecto subjetivo del derecho a la libertad de cátedra le garantiza a su titular un ámbito protegido de injerencia externa, así como un conjunto de actividades que le permiten desenvolver su contenido. Así, comprende la libertad de expresar opiniones sobre la institución en la que el titular trabaja, de disfrutar de los derechos académicos que originen sus actividades, el derecho de difundir y acceder a conocimientos mediante la docencia, la investigación académica, entre otros” (Expediente N° 0091-2005-PA/TC Fundamento Jurídico 8).
- 2) “El derecho a la libertad de cátedra no puede justificar que se niegue a la Universidad la posibilidad de conocer la revista antes de ser distribuida, ni significa que en ella se pueda incluir cualquier artículo o contenido, no ya en contra de su voluntad, sino sin posibilidad siquiera de revisarlo. Se tienen que distinguir, entonces, los procedimientos para la confección de la revista de lo que son sus contenidos; quedando estos últimos fuera del derecho a la libertad de cátedra. Y también debe distinguirse entre lo que es la preparación de la revista, donde se puede producir la actividad teórica y práctica docente, de lo que es su posterior distribución y lanzamiento al público. En nada se perjudica la libertad de cátedra por el hecho de que la Universidad, que financia la revista, la conozca cuando ya está terminada, antes de su distribución”. (STC de España 161/2005 Fundamento Jurídico 9).
- 3) La Universidad, como editora de la revista, podía incurrir en responsabilidad, según tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia. De modo que tenía obligación de vigilar el contenido, correspondiéndole tal derecho según tiene el Tribunal Constitucional en las SST 176/1995 y 187/1999. Y esa facultad no es un acto de censura previa, sino un control por parte de quien financia, promueve y asume las responsabilidades. (STC de España 161/2005 Fundamento Jurídico 9).

- 4) “El artículo 14º de la Constitución Política, en su segundo párrafo, dice: ‘Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país’. El mismo artículo 14º en su cuarto párrafo señala: ‘La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa’. Las disposiciones constitucionales glosadas, concuerdan con los siguientes documentos internacionales: Con el artículo 26, acápite 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dice a la letra: ‘2) La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales...’. Con el artículo 13º, inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que a continuación se transcribe: ‘1) Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales...’”. (Expediente 0012-1996-AI/TC, Fundamento Jurídico 1).

21. AMPARO POR ACCESO A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL en los términos del artículo 35º de la Constitución, en concordancia con el art. 37 inc. 22 del C. P. Const.

EXÉGESIS

Destinado, fundamentalmente, a democratizar el funcionamiento de los partidos políticos y que todos tengan acceso gratuito para la difusión de sus planes y documentos de campaña en los medios de comunicación social de propiedad del Estado. Este derecho ha sido incorporado por el Código Procesal Constitucional como protegido mediante el amparo, en atención a su trascendencia para la formación de la opinión pública como garantía de un auténtico Estado Democrático de Derecho.

Los partidos políticos son instrumentos de intermediación entre la sociedad y el Estado, sin los cuales la democracia representativa no puede funcionar. Esta es la razón por la que el Estado democrático es necesariamente un Estado de Partidos⁵¹. La democracia no es viable sin la existencia de partidos políticos, pues únicamente a través de ellos puede expresarse el pueblo como mayoría y minoría.

51. PÉREZ ROYO Javier; Ob. Cit. p. 644.

Este derecho ha sido instrumentalizado por la Ley de Partidos Políticos N° 28094, a través de la llamada franja electoral, la cual concierne tanto a los medios públicos como a los privados. Así, el Art. 37° – parte pertinente– de la referida ley prescribe; “desde los treinta días hasta los dos días previos a la realización de elecciones generales, los partidos políticos tienen acceso gratuito, de acuerdo a lo establecido en esta ley, a los medios de radiodifusión y televisión, de propiedad privada o del Estado, en una franja electoral”.

También, la citada Ley 28094 en el artículo 1° precisa que: “Los partidos políticos expresan el pluralismo democrático. Concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, y a los procesos electorales. Son instituciones fundamentales para la participación política de la ciudadanía y base del sistema democrático.

Los partidos políticos son asociaciones de ciudadanos que constituyen personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto es participar por medios lícitos, democráticamente, en los asuntos públicos del país dentro del marco de la Constitución Política del Estado y de la presente ley.

La denominación “Partido” se reserva a los reconocidos como tales por el Registro de Organizaciones Políticas. Salvo disposición legal distinta, solo estos gozan de las prerrogativas y derechos establecidos en la ley.”

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) “Los dispositivos legales sobre cuya base la ONPE reclama para sí la competencia de regular las materias vinculadas con la franja electoral, son los artículos 37° y 38° de la LPP. Tales artículos señalan lo siguiente:

“Artículo 37.- Franja electoral

Desde los treinta días hasta los dos días previos a la realización de elecciones generales, los partidos políticos tienen acceso gratuito, de acuerdo a lo establecido en esta ley, a los medios de radiodifusión y televisión, de propiedad privada o del Estado, en una franja electoral.

El Estado compensa a los medios de comunicación a través de la reducción proporcional en el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico o electromagnético.

El Estado pone a disposición de los partidos su infraestructura de radio y televisión para la producción de los espacios que son difundidos a través de la franja electoral.

Artículo 38.- Duración y frecuencia de la franja electoral

En cada estación de radio y televisión la franja electoral es difundida entre las diecinueve y veintidós horas, con una duración de:

- a) Diez minutos diarios entre los treinta y quince días anteriores al acto electoral.
- b) Veinte minutos diarios entre los catorce días y seis días anteriores al acto electoral.
- c) Treinta minutos diarios entre los cinco y dos días anteriores al acto electoral.

La mitad del tiempo total disponible se distribuye equitativamente entre todos los partidos políticos con candidatos inscritos en el proceso electoral. La otra mitad se distribuye proporcionalmente a la representación con la que cuenta cada partido político en el Congreso de la República. Le corresponde a la Gerencia de Supervisión de los Fondos Partidarios la determinación del tiempo disponible para cada partido político, así como la reglamentación respectiva.

Los partidos políticos que participen por primera vez en una elección disponen de un tiempo equivalente al del partido que tenga la menor adjudicación.

Los espacios de tiempo no utilizados por los partidos políticos en la franja electoral, serán destinados a la difusión de educación electoral, según lo determine la Oficina Nacional de Procesos Electorales”. (Expediente 0002-2011-PCC/TC Fundamento Jurídico 14)

- 2) “Así pues, tales artículos, en conjunto, regulan la denominada franja electoral. La regulación de las características de la franja electoral en sí misma, no es un asunto reservado a ley orgánica. Ello ya ha sido así interpretado por el Tribunal Constitucional:

“Como resulta evidente, tal materia no se encuentra entre las que han sido expresamente reservadas a la ley orgánica por la Constitución. En efecto, más allá de la relación que la materia tiene con el proceso electoral, el asunto en modo alguno podría considerarse vinculado con el establecimiento de las condiciones y el procedimiento para el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo (materia reservada a ley orgánica por el artículo 31° de la Constitución). Tampoco, por cierto, tiene alguna vinculación con el establecimiento de las condiciones en que debe ser utilizado o concedido en

uso el espectro radioeléctrico a los medios de comunicación. Las condiciones generales para el otorgamiento y el aprovechamiento de los recursos naturales a particulares, se encuentran previstas en los Títulos IV y V de la Ley N° 26821 —Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales—, respectivamente. El Estado peruano, a través del artículo 37° de la LPP, no determina ninguna condición de uso del espectro radioeléctrico por parte de los medios de comunicación, sino que, en ejercicio del *ius imperium*, el dominio y la soberanía que ejerce sobre los recursos naturales (artículo 66° de la Constitución), se limita a reservar parte de su uso para los partidos políticos, estableciendo además que, en compensación por ello, los medios de radiodifusión que fueron autorizados para su regular utilización, verán reducido el canon que deben pagar al Estado” (cfr. STC 0003-2006-PI, F. J. 22) (Expediente 0002-2011-PCC/TC Fundamento Jurídico 15).

3) “Sin embargo, ello es una cosa, y otra, muy distinta, sostener que las competencias conferidas a la ONPE en materia de regulación de la franja electoral no sea un ámbito reservado a ley orgánica. La ONPE es un órgano constitucional, es decir, un órgano de rango constitucional, estructural, organizativa y administrativamente independiente y autónomo, y al que constitucional y legalmente le han sido confiadas funciones fundamentales en el marco de la distribución del poder dentro del Estado Constitucional. Por ende, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 106° de la Constitución, la regulación de sus competencias y atribuciones son materia reservada a ley orgánica”. (Expediente 0002-2011-PCC/TC Fundamento Jurídico 16)

4) “En relación con la franja electoral, el Tribunal Constitucional tiene establecido lo siguiente:

“La franja electoral puede ser definida como el espacio en estaciones de radio y de televisión de propiedad privada y del Estado, al que tienen acceso de manera gratuita y proporcional, todos los partidos políticos o alianzas que participan en un proceso electoral, y que opera desde los 30 días anteriores a la realización de los comicios, hasta los 2 días previos al acto electoral, con una duración de entre 10 y 30 minutos diarios (artículos 37° y 38° de la LPP).

En atención a lo expuesto, la referida franja (...) resulta de vital importancia para que el pluralismo político, traducido en las propuestas democráticas de los partidos políticos y expuesto en vía de un pluralismo informativo, llegue a las masas ciudadanas y permita el ejercicio de un derecho de voto (artículo 31° de la Constitución) informado, razonado y, por ende, responsable. De ahí que la franja electoral sirva también como medio para aminorar las

desigualdades ‘naturales’ con las que los partidos políticos pueden ingresar a la campaña electoral, pues es un mecanismo que permite a todos –bajo cánones de razonabilidad y proporcionalidad– ingresar en contacto con el electorado, concretizando el principio-derecho de igualdad reconocido en el artículo 2° 2 de la Constitución. (...).

Es el Estado el que, en cumplimiento del deber de promover y garantizar el funcionamiento democrático de los partidos políticos (artículo 35° de la Constitución), actúa como intermediario, compensando económicamente a los medios de comunicación con la reducción del canon por el uso de la franja electoral que realicen dichos partidos, sin que a estos les irroge gasto alguno.

Se trata de una fórmula de financiamiento público *indirecto* de los partidos políticos por parte del Estado (...)” (cfr. STC 0003-2006-PI, FF. JJ. 32, 33 y 35). (Expediente 0002-2011-PCC/TC Fundamento Jurídico 42)

5) “En efecto, la franja electoral guarda una relación necesaria con el proceso electoral, pues coadyuva a que, en el marco de su realización, las organizaciones políticas trasmitan a la ciudadanía sus propuestas electorales, contribuyendo a la manifestación de un voto informado y responsable. Acaso convenga recordar que los “procesos electorales” a los que alude el artículo 182° de la Constitución y que corresponde a la ONPE “organizar”, no nacen y se agotan el día de la elección, sino que —“iniciándose con la convocatoria a Elecciones por el Presidente de la República y termina[ndo] 15 (quince) días después de la promulgación de los resultados” (artículo 79° de la LOE)— suponen la planificación, preparación y ejecución de toda una suma de actos concatenados y coherentemente estructurados con la finalidad última de “que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre (es decir, entre otras cosas, informada) y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa” (artículo 176° de la Constitución). Desde luego, la franja electoral cumple un rol fundamental en este aspecto, perteneciendo y siendo consubstancial a un proceso electoral orientado a la consecución de tal objetivo. Por ende, su regulación y debida ejecución, es competencia de la ONPE”. (Expediente 0002-2011-PCC/TC Fundamento Jurídico 44)

6) “En atención a lo expuesto, la referida franja es un instrumento imprescindible en los medios de comunicación de señal abierta, pues resulta de vital importancia para que el pluralismo político, traducido en las propuestas democráticas de los partidos políticos y expuesto en vía de un pluralismo

informativo, llegue a las masas ciudadanas y permita el ejercicio de un derecho de voto (artículo 31º de la Constitución) informado, razonado y, por ende, responsable. De ahí que la franja electoral sirva también como medio para aminorar las desigualdades “naturales” con las que los partidos políticos ingresan a la campaña electoral, pues es un mecanismo que permite ingresar en contacto con el electorado, concretizando el principio-derecho de igualdad reconocido en el artículo 2º 2 de la Constitución”. (Expediente 0003-2006-PI/TC Fundamento Jurídico 32)

- 7) “Para los partidos políticos, sin embargo, en todos los casos (se trate de medios de radiodifusión públicos o privados), el acceso a la franja electoral debe ser gratuito. Es el Estado el que, en cumplimiento del deber de promover y garantizar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, actúa como intermediario, compensando económicamente a los medios de comunicación con la reducción del canon por el uso de la franja electoral que realicen dichos partidos, sin que a éstos les irrogue gasto alguno”. (Expediente 0003-2006-PI/TC Fundamento Jurídico 33 y 35)
- 8) “En el caso peruano, a la franja electoral como medio de financiamiento público indirecto, se suma, de un lado, el financiamiento público directo, equivalente al 0.1 % de la Unidad Impositiva Tributaria por cada voto emitido para elegir representantes al Congreso (artículo 29º de la Ley de Partidos Políticos), y, de otro, el financiamiento privado, manifestado en las cuotas y aportes en dinero de sus afiliados, los productos de las actividades propias del partido político y los rendimientos provenientes de su propio patrimonio, créditos, legados, etc. (artículo 30º de la Ley de Partidos Políticos)”. (Expediente 0003-2006-PI/TC Fundamento Jurídico 36)

22. AMPARO AMBIENTAL POR DERECHO A UN AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO AL DESARROLLO DE LA VIDA. Este derecho de los llamados de protección de “intereses difusos” ha sido incorporado por el Código Procesal Constitucional en el art. 37 inc. 23, como protegible mediante el amparo.

EXÉGESIS

La Constitución lo prescribe en el artículo 2 inciso 22. Cabe advertir que no solo se garantiza el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, sino también se garantiza el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso. En cuanto al derecho a la paz como expresión colectiva, Néstor Pedro Sagües expresa que la doctrina

de “las cuestiones Políticas no Justiciables”⁵² está siendo cuestionada y tiende a disiparse, señala el citado autor que el pueblo de Costa Rica, ganó, frente al ejecutivo, su derecho a vivir en paz (a propósito de la coalición que se formó contra Irak) mediante una acción de inconstitucionalidad. “La sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica pronunciada el 8 de setiembre de 2004, dictada en autos “Zamora Bolaños y otros” sobre acción de inconstitucionalidad, viene a plantear asuntos de sumo interés en cuanto la evaluación judicial del ingreso de Costa Rica a la “Coalición” liderada por Estados Unidos, Inglaterra y España, entre otras naciones, contra el régimen de Saddam Hussein. La Sala Constitucional, en definitiva dejó sin efecto aquella incorporación [reconoce el derecho a la paz, del pueblo costarricense]. Tal veredicto importa una verdadera revolución en la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables (political questions), y reconoce de modo decisivo las creencias y requerimientos sociales en el examen judicial de constitucionalidad”⁵³.

En cuanto al derecho fundamental de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida; en atención al carácter integral del Sistema de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional expresó: “... se debe considerar al medio ambiente, equilibrado y adecuado, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidas por la Norma Suprema y los tratados internacionales en materia de derechos humanos”. (Exp. 0964-2002-AA/TC F.J. 8).

Respecto de actividades que, a criterio del Tribunal Constitucional, potencialmente podrían dar origen a la interposición de un proceso de amparo, por afectación al derecho de gozar de un ambiente sano y equilibrado, tenemos:

- a) **Actividades molestas:** Son las que generan incomodidad por los ruidos y vibraciones, así como por emanaciones de humos, gases, olores, nieblas o partículas en suspensión y otras sustancias.

52. Doctrina de las Cuestiones Políticas no justiciables: aquella por la cual ciertos asuntos, políticamente comprometedores y riesgosos, se decía no convenía su conocimiento por los jueces, por cuanto podrían alterar la “sana supervivencia de los jueces”, y en suma alterar la “buena marcha” de las políticas del Estado.

53. SAGÜES Néstor Pedro, “Convención Nacional Académica de Derecho”, Piura Perú, 2005, p. 128.

- b) **Actividades insalubres:** Se generan cuando se vierten productos al ambiente que pueden resultar perjudiciales para la salud humana.
- c) **Actividades nocivas:** Se generan cuando se vierten productos al ambiente que afectan y ocasionan daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola.
- d) **Actividades peligrosas:** Son las que ocasionan riesgos graves a las personas o sus bienes debido a explosiones, combustiones o radiaciones. (Exp. 0964-2002-AA/TC F.J. 6).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) “Que con fecha 31 de marzo de 2010, los recurrentes, invocando la amenaza de violación de sus derechos a la vida, de propiedad y al medio ambiente sano y equilibrado, interponen demanda de amparo contra la Asociación de Vecinos del Country Club de Villa y la Encantada y la Municipalidad de Chorrillos, a fin de que se impida la ejecución de la obra consistente en la instalación de una puerta metálica –que supone el derrumbamiento de una pared– y dos tranqueras manuales para el tránsito exclusivo de vehículos de carga pesada que ponen en riesgo el suelo sobre el que se asientan sus viviendas. Sustentan su demanda en que ya en el año 2008 la propia comuna emplazada declaró en estado de emergencia a la urbanización Los Huertos de Villa; que la edificación de tales obras pone en riesgo las casas allí ubicadas así como la vida de quienes las habitan, y que con los informes técnicos, publicaciones y demás medios probatorios que aporta se acredita que la amenaza de violación de los invocados derechos es cierta e inminente”. (Expediente 01399-2011-PA/TC, Fundamento 1)
- 2) “Que si bien es cierto que los recurrentes invocan la amenaza de violación de sus derechos a la vida, de propiedad y al medio ambiente sano y equilibrado, es este último el que cobra especial relevancia en el caso de autos, en la medida en que los actores sustentan su demanda en que la ejecución de las aludidas obras puede provocar daños al medio ambiente y sus ecosistemas y componentes especiales, toda vez que existe riesgo de hundimiento de las viviendas y ruptura de la capa freática que conllevarían inundaciones, con la posibilidad de que colapse la tubería matriz de abastecimiento de agua, y con ello, la contaminación total de la urbanización (sic)”. (Expediente 01399-2011-PA/TC, Fundamento 2)

- 3) “Que el Tribunal Constitucional no comparte el pronunciamiento de los juzgadores de las instancias precedentes, toda vez que, si bien es cierto, sustentan su decisión en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional que los habilita para desestimar liminarmente la demanda, respecto de la protección del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, existe uniforme y reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional que acredita que por la vía del proceso de amparo sí es susceptible de protegerse un derecho como el que está en juego en la causa de autos”. (Expediente 01399-2011-PA/TC, Fundamento 5)
- 4) “Que en efecto, si bien existe otra vía procedimental, la jurisprudencia de este Tribunal acredita (*Cfr.* entre otras, sentencia recaída en el Expediente N° 09340-2006-PA/TC) que la vía del amparo es la satisfactoria, no habiéndose tenido en cuenta que los actores invocan la amenaza de vulneración de, entre otros, su derecho fundamental a un medio ambiente sano y equilibrado, respecto del cual este Colegiado ha establecido que puede ser objeto de tutela en sede constitucional, por lo que ante la posibilidad de que este resulte vulnerado, el afectado o los afectados pueden promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad, siendo la finalidad del proceso de amparo determinar si, como se alega, la ejecución de las obras materia de la demanda podría afectar el aludido derecho”. (Expediente 01399-2011-PA/TC, Fundamento 6)
- 5) “Que a mayor abundamiento, los procesos constitucionales –por mandato de la Norma Suprema– proceden ante la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental; y, en el caso concreto –*el derecho esencial a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo a la vida*– a diferencia de otros, requiere de una tutela de urgencia toda vez que, dada su naturaleza, y de no otorgarse una protección oportuna, o de no ser esta prevenida, su violación podría tornarse inminente”. (Expediente 01399-2011-PA/TC, Fundamento 7)
- 6) “Que la Empresa de Servicios de Agua y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL) interpone demanda de amparo en tutela de los derechos al medio ambiente adecuado y equilibrado, la propiedad y el derecho a la vida e integridad física y psíquica de los pobladores circundantes al Colector Costanero. Es decir, no actúa en el presente proceso en defensa de un interés subjetivo propio o derecho fundamental afectado directamente a dicha empresa como consecuencia de la ejecución de las decisiones judiciales que refiere, sino en defensa de un *interés difuso* y la protección de los derechos fundamentales

de los pobladores que se verían afectados por el colapso del Colector Costanero. En este sentido, es necesario tener en cuenta que de acuerdo al artículo 40° del C.P.Const., “puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los derechos referidos”.

Si bien el Código habilita a cualquier persona a interponer una demanda de amparo en defensa de un interés difuso, en el presente caso hay que tener en cuenta que la empresa demandante (SEDAPAL) es una empresa *estatal* que, como ente público, no ostenta en principio la titularidad de derechos fundamentales, tal y como lo ha expresado este Colegiado en otras oportunidades; por lo que carecería de la legitimidad procesal necesaria para actuar en el presente proceso. Sin embargo, también es preciso considerar que la empresa demandante, en tanto entidad estatal especialmente encargada de proveer y vigilar la calidad de los servicios de agua y alcantarillado, tiene entre sus competencias y deberes funcionales la de cuidar y preservar la vida, salud y el medio ambiente adecuado y equilibrado de las personas a quienes provee sus servicios; es decir, cuenta con un “*deber de protección*” respecto a los derechos fundamentales invocados; deber cuyo contenido alcanza, entre otras cosas, la de utilizar los recursos judiciales que fueren necesarios, para impedir la afectación de los referidos derechos. Dicho deber de protección que tiene todo ente estatal respecto de los derechos fundamentales, especialmente relevante para SEDAPAL en el caso de autos, es el que justifica pues la habilitación de la legitimación procesal para interponer la presente demanda de amparo”. (Expediente 05111-2008-PA/TC Fundamento Jurídico 3)

- 7) “Que la susodicha sentencia es clara en su argumentación al indicar que el INRENA omitió pronunciarse sobre la Resolución Suprema N° 262. Dicho de otra forma, con el pronunciamiento de este Colegiado, se puso de relieve la importancia de la decisión de la Administración de proteger la cuenca hidrográfica del Mazán, y por otra parte, la omisión de la propia Administración -en este caso el INRENA- de verificar si las concesiones afectaban los recursos hidrográficos de la zona. En tal sentido, el subrayar el respeto y la tutela del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado debe ser visto con el propósito de también como una exhortación a la Administración a fin de que cumpla con realizar los estudios adecuados y descartar la posibilidad de posibles daños irreversibles que se puedan acarrear gracias a

la desatención de la entidad encargada de las concesiones”. (Expediente 1206-2005-AA/TC Fundamento Jurídico 5)

- 8) “El artículo 1° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, N° 26821, establece las condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 66° y 67° de la Constitución. Asimismo, el artículo 19° dispone que los derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que se establecen en las leyes especiales para cada recurso natural... Las áreas naturales protegidas son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional que se encuentran reconocidos, establecidos y protegidos legalmente por el Estado. Dicha condición surge por su importancia para la conservación de la diversidad biológica y demás valores asociados con el interés cultural, paisajístico y científico, amén de su contribución al desarrollo sostenible del país. La declaración de área natural protegida implica su constitución como patrimonio de la nación y que sea objeto de dominio público, lo que genera que la propiedad no puede ser transferida a particulares...” (Expediente 0769-2002-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 4 y 7).
- 9) “La Constitución vigente, en su artículo 66°, luego de regular que los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, son patrimonio de la nación, dispone que ‘Por ley orgánica se fija las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real sujeto a dicha norma legal’; esto es, que el legislador, al regular la utilización y otorgamiento de los recursos naturales, necesariamente debe realizarlo a través de una ley orgánica...” (Expediente 1130-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 2).
- 10) “De una interpretación sistemática del artículo 2°, inciso 22) y de los artículos 66° y 67° de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia, es el reconocimiento de que los recursos naturales –especialmente los no renovables– en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto” (Expediente 0048-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico 33).
- 11) “En ese sentido, cabe afirmar que de la Constitución se deriva un mandato especial impuesto al Estado y a todas sus dependencias, incluyendo gobiernos

locales y regionales, orientados a exigir, como ha sostenido la Corte Constitucional de Colombia, el cumplimiento de los deberes destinados a ‘la protección de la diversidad e integridad del ambiente, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica y el fomento de la educación para obtener esos fines, que comportan igualmente una planificación del manejo y del aprovechamiento de los recursos naturales de manera que se garantice su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución, así como la prevención y control de los factores de deterioro ambiental, que se traducen en las acciones más importantes para que el Estado cumpla con los propósitos especialmente definidos respecto de la existencia de un medio ambiente sano y equilibrado, las cuales vienen acompañadas para su eficacia con la correlativa posibilidad de imponer sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados, junto con el deber de cooperación con otras naciones para la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas’...” (Expediente 0018-2001-AI/TC, Fundamento Jurídico 10).

- 12) “En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la Economía Social de Mercado y del Desarrollo Sostenible, la responsabilidad social se constituye en una conducta exigible a las empresas, de forma ineludible. En el caso del medio ambiente, la responsabilidad social debe implicar el mantenimiento de un enfoque preventivo que favorezca su conservación; el fomento de iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental; el fomento de inversiones en pro de las comunidades afincadas en el área de explotación; la búsqueda del desarrollo y la difusión de tecnologías compatibles con la conservación del ambiente, entre otras” (Expediente 0048-2004-AI/TC, Fundamentos Jurídicos 25 y 26).
- 13) “El artículo 68° de la Constitución refiere que el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas; en el presente caso no se ha declarado, por la autoridad competente, que la superficie sobre la que se está realizando la proyectada remodelación haya sido declarado como área natural protegida; en el presente proceso el emplazado no es el Estado sino una entidad autónoma como es el gobierno local del Distrito de Miraflores...” (Expediente 0437-1997-AA/TC, Fundamento Jurídico 4).
- 14) “Las cláusulas de protección del medio ambiente y los recursos naturales prescritas básicamente en los artículos 66°, 67°, 68° y 69° de la Constitución establecen el marco de actuación del Tribunal y la responsabilidad de los actores económicos en la preservación de los recursos y medios

indispensables para nuestra propia subsistencia como especie. En efecto, la actividad de las empresas mineras, por el mismo hecho de estar vinculadas a la explotación de recursos naturales, comparte una responsabilidad de primer orden en la implementación de políticas públicas orientadas a la preservación del medio ambiente, debido a los riesgos que supone su actuación en el ámbito de la exploración y la explotación minera misma” (Expediente 0048-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico 34).

23. AMPARO POR DERECHO A LA SALUD.

Es otro de los derechos del llamado constitucionalismo social, que el art. 37 inc 24 del Código Procesal Constitucional incorpora como protegido mediante el Amparo.

EXÉGESIS

La Constitución prescribe este derecho en el Artículo 7° todos tienen derecho a la protección de la salud, la del medio familiar y de la comunidad; Artículo 9° el Estado determina la Política Nacional de Salud; Artículo 11° el Estado garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud.

Precisamente en el expediente N° 2495-2003-AA/TC, se declaró procedente un amparo para que se otorgue atención médica a un paciente con VIH-SIDA. Se estableció que los derechos Sociales y Económicos, también llamados derechos prestacionales, como la seguridad social, salud pública, vivienda, educación son necesariamente exigibles pues ellos representan los fines sociales del Estado, a través de los cuales el individuo puede lograr su plena realización personal. Por tanto no son meras normas programáticas, sino que todos los derechos en puridad constituyen un complejo integral, único e indivisible.

Conforme concepción del Tribunal Constitucional, la salud puede definirse como: **“el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que, como tal, constituye una condición indispensable para el desarrollo y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. Así, la salud implica el gozo del normal desarrollo funcional de nuestro organismo, lo que ha motivado que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estime que dicho concepto no se limita a asociarlo con la ausencia de la enfermedad, sino con el reconocimiento de una condición física mental saludable”.** (Exp. 2945-2003-AA/TC F.J. 30).

Remarca el Supremo Intérprete de la Constitución, que: **“Si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2° de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los artículos 7° y 9° de la Constitución, este Tribunal, al igual que nuestro similar colombiano, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo (STC N° T-499 Corte Constitucional de Colombia) [...]”**. (Exp. 2945-2003-AA/TC F.J. 6 y 11).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) “Uno de los derechos alegados como vulnerado por la recurrente es el de la salud, el cual goza de un reconocimiento y de una protección a nivel internacional a través de declaraciones, pactos y convenios (tanto de alcance universal como regional) de los cuales nuestro país es parte. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁴ establece, en su artículo 25, que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tienen asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (la cursiva es nuestra). (Expediente 02034-PA/TC Fundamento Jurídico 6)
- 2) “Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁵ reconoce, mediante el inciso 1 del artículo 12, el derecho de toda persona al *disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Al respecto el órgano competente para interpretar el citado pacto, como lo es el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la Observación General N° 14, ha precisado que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente⁵⁶”. (Expediente 02034-PA/TC Fundamento Jurídico 7).

54. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (iii), de 10 de diciembre de 1948.

55. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 26 de diciembre de 1966. En vigor desde el 3 de enero de 1976.

56. COMITÉ INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 14, aprobada en el 22° período de sesiones (2000). Párrafo 1. En: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.2000.4..Sp?Open](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.2000.4..Sp?Open)

- 3) “El Comité señala que el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y que de él dependen en particular, los derechos a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a la vivienda, al trabajo, a la alimentación, a la dignidad humana, entre otros. Todos ellos configuran los componentes integrales del derecho a la salud⁵⁷: de esta manera se entiende que el Comité brinda un enfoque de integralidad e interdependencia de los derechos humanos”. (Expediente 02034-PA/TC Fundamento Jurídico 8)
- 4) “Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos desarrolla los mecanismos de protección de los derechos humanos en la región. Si bien la Convención Americana no hace referencia directa al derecho a la salud, el artículo 26 de la Convención, al establecer que los Estados parte se comprometen a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos derivados de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA), tutela de manera implícita o indirecta dicho atributo. Al respecto, los literales i) y l) del artículo 34 de la Carta de la OEA establecen que los Estados convienen en dedicar sus esfuerzos a la consecución de la defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica, así como de condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna. Estas disposiciones se hacen exigibles a través del artículo 26 de la Convención”. (Expediente 02034-PA/TC Fundamento Jurídico 10)
- 5) “En suma, de los acuerdos internacionales antes mencionados puede concluirse que se establece un reconocimiento explícito o implícito del derecho a la salud como un derecho intrínseco a la naturaleza humana, y que, por consiguiente, se torna como fundamental e indispensable para el pleno ejercicio de los demás derechos fundamentales. Por lo tanto, el Estado peruano se encuentra obligado a adoptar medidas adecuadas y orientadas a asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, y a crear condiciones que aseguren a todas las personas asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad, desempleo, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. (Expediente 02034-PA/TC Fundamento Jurídico 12)
- 6) De acuerdo al petitorio de la demanda, el presente proceso constitucional tiene por objeto que el Ministerio de Salud se abstenga de:

57. COMITÉ INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 14, aprobada en el 22° período de sesiones (2000). Ibíd. Párrafo 3.

- (i) Iniciar el programa de distribución de la denominada “Píldora del Día Siguierte” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita.
- (ii) Distribuir bajo etiquetas promocionales, proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República. (Expediente 02005-2009-PA/TC Fundamento Jurídico 1)
- 7) En cuanto a lo que es materia del presente proceso, el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos que se constituye en el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer, consagrados en el artículo 6º de la Constitución. Pero es también un auténtico principio constitucional que obliga al Estado a brindar la información necesaria para que tanto la paternidad y maternidad se desarrollen en condiciones de responsabilidad, obligando a que las personas asuman a conciencia las implicancias y la trascendencia de traer un hijo a la sociedad. En consecuencia, el derecho a la información sobre los métodos anticonceptivos constituye una forma de concretizar el principio de dignidad de la persona humana y forma parte de los elementos esenciales de una sociedad democrática, porque posibilita el ejercicio de los derechos sexuales de modo libre, consciente y responsable [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez]. (Expediente 02005-2009-PA/TC Fundamento Jurídico 5)
- 8) El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que solo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo.

En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo. (Expediente 02005-2009-PA/TC Fundamento Jurídico 6)

- 9) Dado que nuestro orden jurídico protege al ser humano desde la concepción, y se acusa a la denominada “Píldora del Día Siguierte” de afectar justamente al concebido, este Tribunal estima que en el decurso de esta sentencia deberá responderse las siguientes cuestiones:
- * ¿La eliminación de un embrión fecundado antes de su completa anidación en el endometrio implica una afectación del derecho a la vida de un ser humano?
 - * ¿El embrión fecundado es el “conceptus” al que el derecho peruano le otorga protección jurídica?
 - * ¿La concepción se produce en la fecundación o en la anidación o también llamada implantación?
 - * ¿Cuáles son los efectos de la píldora en la madre y en el proceso reproductivo humano?
- Solo a partir de las respuestas que se haga a estas preguntas será posible establecer jurídicamente si es que la denominada “Píldora del Día Siguierte” afecta o no el derecho a la vida reconocido tanto por los documentos internacionales de derechos humanos como por nuestro ordenamiento jurídico interno. (Expediente 02005-2009-PA/TC Fundamento Jurídico 7)
- 10) En consecuencia, todo ello exige que el consumidor disponga de información suficiente sobre la seguridad y efectividad del producto. Son las autoridades competentes las que deben efectivamente cerciorarse, hasta tener un grado de certeza, que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos. Sin embargo, una vez que esas autoridades efectúen tales exámenes y autoricen el fármaco sin grados de dudas sobre ello, los terceros que sostengan que las autoridades se han equivocado, deben probar el efecto dañino que alegan (inversión de la carga de la prueba). Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, ordénase al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada “Píldora del Día Siguierte”. (Expediente 02005-2009-PA/TC Fundamento Jurídico 62)
- 11) Precisión del petitorio de la Demanda

En el presente caso el objeto de la demanda es que se deje sin efecto la orden de alta de G. R. S. expedida por el Hospital 1 Huariaca EsSalud, y que se le otorgue atención médica permanente e indefinida en dicho centro

hospitalario, alegándose que dicha orden de alta es violatoria del derecho a la salud. (Expediente 03081-2007-PA/TC Fundamento Jurídico 1)

12) La necesidad de invocación del *amicus curiae* en el proceso de amparo

Partiendo de la facultad especial contenida en el artículo 13º-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, “*el Pleno o las Salas pueden solicitar información de los amicus curiae (amici curiarum), si fuera el caso, a fin de esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados*”. En el caso *sub judice* este Colegiado considera imprescindible para su dilucidación la opinión de personas con un amplio conocimiento sobre la salud mental, tanto desde el punto de vista médico, como desde la perspectiva de la ejecución de las políticas públicas. (Expediente 03081-2007-PA/TC Fundamento Jurídico 5)

13) El *amicus curiae* (amigo de la Corte) se materializa con la participación de terceros ajenos al proceso a fin de ilustrar a los jueces sobre aspectos técnicos de alta especialización, que habrán de incidir de manera relevante a la hora de la decisión final. Así por ejemplo, este Colegiado es consciente sobre su incapacidad de formarse juicio si no cuenta con una información médica especializada sobre las secuelas de la esquizofrenia paranoide, su tratamiento clínico y las repercusiones del método intramural en la integridad personal de la paciente G. R. S. que tiene problemas de salud mental. (Expediente 03081-2007-PA/TC Fundamento Jurídico 6)

14) El *amicus curiae* se justifica cuando se trata de la protección de ciertos derechos que por su propia naturaleza pueden ser objeto de distintos enfoques científicos, como son la salud mental, la integridad psíquica y física. De lo contrario, se corre el riesgo que en ciertos procesos de amparo se concluya con una decisión injusta, contraria al principio-derecho de dignidad de la persona humana. (Expediente 03081-2007-PA/TC Fundamento Jurídico 7)

15) En conclusión la demandante interpone el presente proceso como curadora de su hija G. R. S., incapaz absoluta, declarada interdicta civil por padecer de esquizofrenia paranoide de tipo crónico, siendo una persona dependiente tanto física como mentalmente, tal como se observa de fojas. 59 a 72. Es decir, doña R. J. S. A. Vda de R. tiene legitimidad procesal ya que la ley le ha conferido la representación de su hija G. R. S., pudiendo actuar en su nombre y representación por tratarse de una persona que carece de discernimiento. (Expediente 03081-2007-PA/TC Fundamento Jurídico 15)

16) El Derecho Fundamental a la Salud y el Estado Social y Democrático de Derecho

Con relación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al derecho a la salud, una de las sentencias más relevantes –sino la de mayor importancia hasta el momento - lo constituye la recaída en el caso de Azanca Alhelí Meza García (Expediente N° 2945-2003-AA/TC). (Expediente 03081-2007-PA/TC Fundamento Jurídico 16)

17) En esta sentencia se aborda uno de los temas medulares relativos a los denominados derechos económicos, sociales y culturales: su exigibilidad ante organismos jurisdiccionales. Pero además define lo que puede entenderse por salud. Ciertamente, en el fundamento 30 de la sentencia antes mencionada, el Tribunal Constitucional expresó:

“(…) La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que como tal constituye una condición indispensable para el desarrollo y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo”. (Expediente 03081-2007-PA/TC Fundamento Jurídico 17)

18) También en un afán de sistematización del derecho a la salud, el Tribunal Constitucional en sus sentencias 2945-2003-AA/TC, 2016-2003-AA/TC y 1956-2004-AA/TC, puso de relieve sus componentes fisiológicos y orgánicos:

“(…) el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones cuyo cumplimiento corresponde al Estado, el cual debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para tal efecto, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido”. (Expediente 03081-2007-PA/TC Fundamento Jurídico 18)

19) Visto desde el ámbito del derecho internacional de los Derechos Humanos, la salud no debe entenderse como un derecho por la cual se exige que el Estado garantice a todos sus súbditos el funcionamiento normal de su sistema orgánico, tanto en sus aspectos físicos, biológicos y psíquicos, sino más bien

como uno que garantice el acceso a prestaciones de salud adecuadas, de calidad, con médicos competentes y con políticas públicas coherentes. Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, lo expuesto condujo al supremo intérprete de la Constitución a la conclusión de que la salud no puede ser entendida desde un ámbito negativo de ausencia de enfermedad, sino que exige también una contraparte, una faceta positiva, en el sentido de que todos tienen “(...) el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad”. (Expediente 03081-2007-PA/TC Fundamento Jurídico 19)

- 20) En este orden de ideas el Tribunal Constitucional considera que la salud puede ser enfocada desde tres perspectivas: a) individual, b) familiar y c) en un contexto comunitario o colectivo. Este último aspecto –el comunitario o colectivo– trae como consecuencia directa que su exigibilidad se vea condicionada a aspectos presupuestales. En el caso “Azanca Alhelí” el Tribunal lo puso de relieve:

“(...) 32. Como se ha señalado anteriormente, los derechos sociales, como la salud pública, no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos, pues no se trata de prestaciones específicas, en tanto dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido, lo contrario supondría que cada individuo podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o una prestación específica de vivienda o salud en cualquier momento.” (Expediente 03081-2007-PA/TC Fundamento Jurídico 20)

- 21) Pero el condicionamiento de la exigibilidad de los derechos sociales, entre ellos el derecho a la salud, al presupuesto ¿implica que el Estado tenga plena discrecionalidad en la asignación de recursos públicos? La respuesta es negativa debido a que la undécima disposición transitoria y final de la Constitución debe ser interpretada en concordancia con el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha recordado que:

“(...) 37. Lo declarado en la undécima disposición final y transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión,

pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas”. (Expediente 03081-2007-PA/TC Fundamento Jurídico 21)

- 22) El derecho a la salud y particularmente el derecho humano a la salud mental, incluye, por una parte, la interdicción de intromisiones estatales en la esfera individual, y por otra, un elenco de garantías en beneficio de la *dignitas personae*, lo que implica una enorme variable de factores socio-económicos imprescindibles para el desarrollo sano del ser humano. En otras palabras, el derecho a la salud mental tiene como contenido esencial los elementos que son inherentes al derecho a la salud, pero con la particularidad de que sus titulares constituyen un sector de la población altamente vulnerable, que requiere de una visión de sus derechos fundamentales desde una óptica que no solo entraña categorías jurídicas, sino también médicas, antropológicas, sociológicas, entre otros aspectos, que han sido considerados por los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. (Expediente 03081-2007-PA/TC Fundamento Jurídico 25)
- 23) El Tribunal Constitucional, en el caso, constata la imposibilidad de que la madre de la paciente G.R.S. pueda hacerse cargo de ella debido a su avanzada edad, y advierte también la necesidad de que una persona lleve un control del tratamiento farmacológico que como lo ha expresado el *amicus curiae*, ha de ser por tiempo indefinido. Es necesario disponer, por tanto, que las autoridades del centro hospitalario donde se encuentra la paciente brinden de por vida las atenciones médicas necesarias para que no haya retrocesos en el nivel de desarrollo de la enfermedad de la cual adolece G. R. S.
- a. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
 - b. Dejar sin efecto el informe de alta de fecha 7 de noviembre de 2005, expedido por el Hospital 1 Huariaca-EsSalud – Pasco.
 - c. Ordenar que el Seguro Social de Salud–EsSalud, otorgue a G.R.S., atención médica y hospitalización permanente e indefinida, y la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad mental, así como la realización de exámenes periódicos. (Expediente 03081-2007-PA/TC Fundamento Jurídico 65)
- 24) “El artículo 7° de la Constitución Política del Estado establece que ‘... Todos tienen derecho a la protección de su salud... así como el deber de contribuir a su promoción y defensa’. La salud es entendida como ‘Estado en que el ser

orgánico ejerce normalmente todas sus funciones', 'Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado', 'Libertad o bien público o particular de cada uno' (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª edición, 2002). Puede considerarse, entonces, como la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo..." Expediente 1429-2002-HC/TC, Fundamento Jurídico 12).

- 25) "Aunque es perfectamente posible la intervención de entes privados en el otorgamiento de servicios de salud y seguridad social, también es inherente al Estado, cuando menos como supervisor permanente, la prestación de estos derechos sociales, manteniéndose siempre latente la posibilidad de su participación directa cuando se quebranten los mínimos presupuestos que aseguren la idoneidad del servicio. Debe quedar claro que, siendo el Estado la expresión más acabada de la vocación y el compromiso natural del hombre por la convivencia, su función social no queda en modo alguno desvirtuada por la 'delegación' de aquellas facultades que, en principio, aparecían como consubstanciales al mismo..." (Expediente 011-2002-AI/TC, Fundamento Jurídico 11).
- 26) "Si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2º de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los artículos 7º y 9º de la Constitución, este Tribunal, al igual que nuestro similar colombiano, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo (STC N° T-499 Corte Constitucional de Colombia) [...]. No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente" Expediente 2945-2003-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 6 y 11).

24. AMPARO CONEXO POR LOS DEMÁS DERECHOS QUE LA CONSTITUCIÓN RECONOCE (Artículo 3 de la Constitución, en concordancia con la cláusula abierta que contiene el art. 25 del C. P. Const.)

EXÉGESIS

La lista de derechos protegidos por el Amparo, tiene solo carácter enumerativo; y como quiera que tales derechos son amplios pueden eventualmente ir en aumento, sea por nuevas interpretaciones, o por nuevos avances sociales, es que se da la posibilidad de incluir a otros derechos. Este inciso recoge la cláusula abierta prescrita por el Art. 3 de la Constitución, en cuanto se precisa que: También son derechos fundamentales los demás reconocidos por ella así no se encuentren ubicados en el capítulo 1ro y los derechos "implícitos" es decir aquellos que no se encuentren expresamente reconocidos por la Constitución, pero que se derivan de la dignidad del ser humano.⁵⁸

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) "Es de advertirse que nuestra norma fundamental carece de un reconocimiento explícito del derecho de objeción de conciencia, razón por la que resulta imperioso preguntarse si la objeción de conciencia se trataría de un derecho 'constitucional' y, por ende, si es susceptible de ser protegido por la vía del amparo. Para arribar a una respuesta frente a la disyuntiva planteada, resulta conveniente recurrir a la doctrina de los derechos 'no enumerados' o derechos 'no escritos'.

Es bien conocido que en un sinfín de oportunidades, la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de 'desarrollo de los derechos fundamentales', cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de las más alta consideración, sino incluso, dotarlos de la mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el Artículo 3º de nuestra Constitución..." Expediente 0895-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 5).

58. ABAD YUPANQUI Samuel, Ob. Cit. pp. 130 y 131

- 2) “No cabe duda de que con la previsión legal del plazo máximo de duración de la detención judicial, el afectado por la medida cautelar puede conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad. No obstante, como viene ocurriendo reiteradamente en el panorama judicial nacional, el hecho de que no se declare la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención, obligándole, por el contrario, a que permanezca detenido ad infinitum, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal, solo puede significar que se ha transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos **derechos innominados constitucionalmente, pero, a la par, consustanciales** a los principios del Estado democrático de derecho y al derecho a la dignidad de la persona reconocidos en el Artículo 3 de la Constitución Política del Estado, como lo es, sin duda, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas [...]. Frente a la endémica morosidad que caracteriza a buena parte de los jueces y superiores tribunales de justicia nacionales y el abuso de jurisdicción que ello podría suponer, no se puede seguir apelando al consabido sentido de responsabilidad de los magistrados del Poder Judicial, sino que deben ser pasibles de la responsabilidad penal que les corresponda, por sus conductas jurisdiccionales inadecuadas que propician el retardo judicial” (Expediente 3771-2004-HC/TC, Fundamentos Jurídicos 26 y 28).
- 3) “La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración; como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho (Artículo 3º, Constitución Política), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respecto de la Constitución y de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos fundamentales. Al respecto, debe resaltarse la vinculatoriedad de la Administración al irrestricto respeto del derecho al debido proceso en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios y, en consecuencia, de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales (v. gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman”. (Expediente 1529-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 1).

25. AMPARO CONTRA NORMAS Y RESOLUCIONES JUDICIALES

EXEGESIS

Conforme con lo prescrito por el Art. 3º del Código Procesal Constitucional, modificado por Ley 28946, cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además la inaplicabilidad de la citada norma. (control difuso).

Son normas autoaplicativas aquellas cuya aplicabilidad, una vez que ha entrado en vigencia resulta inmediata e incondicionada. Aquí cabe hacer la distinción entre normas autoaplicativas u operativas; y las denominadas normas heteroaplicativas o programáticas. Las primeras se caracterizan por tener vigor (vigencia) y eficacia (la norma efectivamente se cumple, sin necesidad de actos concretos de aplicación). Las segundas tienen vigor (vigencia), pero para su eficacia se requieren actos concretos de aplicación. Coello Cetina, Rafael; citado por Abad Yupanqui, expresa que son normas autoaplicativas “Las que desde el momento en que entran en vigor vinculan a los gobernados a su cumplimiento, en virtud de que crean, transforman o extinguen situaciones jurídicas concretas de derecho, sin que tal vinculación se condicione al dictado de un diverso acto de autoridad, a la realización de un acto jurídico por los propios sujetos de la norma o a un hecho jurídico ajeno a la voluntad humana”⁵⁹. Sobre el tema, el Tribunal Constitucional, ha expresado que: “La norma de naturaleza autoaplicativa que, como tal, no requiere actos concretos de aplicación, ya que desde su sola entrada en vigencia genera una serie de efectos jurídicos. Al respecto, este mismo Tribunal ha señalado que, tratándose de normas autoaplicativas, no opera la prohibición de interponer demandas de amparo contra leyes, por lo que la demanda tiene sus requisitos de procedibilidad expeditos.” (Exp. N° 487-2003-AA/TC Fundamento Jurídico 2.)

En cambio, son normas heteroaplicativas “o de individualización condicionada las que establecen obligaciones de hacer o de no hacer que no surgen en forma automática con su sola entrada en vigor, sino que requieren para actualizar el perjuicio de un acto diverso que condiciona su individualización”⁶⁰

Si bien no cabe plantear proceso de Amparo contra las normas generales, sí se puede accionar, en todo caso, contra los actos violatorios de los derechos constitucionales que se ocasionen con motivo de la aplicación de dichas normas.

59. ABAD YUPANQUI Samuel B., Ob. Cit., p. 137.

60. ABAD YUPANQUI Samuel B., Ob. Cit., p. 137.

El Amparo no se utiliza directamente contra leyes, sino únicamente contra actos u omisiones, pero ello no impide que se accione contra actos arbitrarios sustentados en normas, y adicionalmente se pide la inaplicación de una ley con efectos inter partes (Artículo 138º de la Constitución. Control abstracto de Normas de tipo difuso)

A su vez el Art. 4 del Código Procesal Constitucional prescribe la procedencia del amparo respecto de resoluciones judiciales. Así, señala que el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva.

La tutela procesal efectiva es 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, de 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 la legalidad procesal penal.

Al principio, cuando se permitió el Amparo contra resoluciones judiciales se generó un excesivo número de procesos de amparo, lo cual estaba relacionado con la llamada crisis de la Administración de Justicia, convirtiéndose en un juicio contradictorio del proceso ordinario, como una suerte de “tercera instancia”, y se entendía al proceso de Amparo como un sucedáneo del proceso civil, laboral, administrativo, etc. Situación que se pretende resolver con el cambio del modelo de amparo optativo por el subsidiario o residual.

El Código Procesal Constitucional no ha considerado necesario hacer mención, a la no procedencia del amparo dentro de un procedimiento regular que señalaba la derogada Ley 23506 de Habeas Corpus y Amparo en su Art. 3ro. Pero, en equivalencia, hace mención a la procedencia del amparo, respecto de resoluciones judiciales dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Como tal el Código, respecto del amparo contra resoluciones judiciales acoge la tesis débil o restringida, por esta se sostiene que no interesa el órgano de donde provenga la vulneración de los derechos fundamentales, **se requiere únicamente la constatación de la violación, por sobre la certeza de la cosa juzgada.**

26. AMPARO ARBITRAL

EXÉGESIS

En este subtipo de amparo se someten a control las actuaciones irregulares de la jurisdicción arbitral; esto por cuanto el reconocimiento constitucional de la instancia arbitral no significa que dicho fuero haya recibido competencias exclusivas y excluyentes, poderes extraterritoriales y competencias irrevisables por el Poder Judicial. (Exp. N° 04972-2006-PA/TC).

Mediante STC N° 0142-2011-PA/TC. Caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda María Julia. Se estableció como **precedente vinculante** los fundamentos: 20 (**Improcedencia del amparo arbitral**); 21(**Supuestos de procedencia del amparo arbitral**) y 26 (**El control difuso de constitucionalidad, en la jurisdicción arbitral**).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1) Precedente Vinculante STC N° 00142-2011-PA, Caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda María Julia (Amparo contra Laudos Arbitrales)

- Fundamento Vinculante 20. (*Improcedencia del amparo arbitral*)

- a) El **recurso de anulación** previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los **recursos de apelación y anulación** para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) constituyen *vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales*, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.
- b) De conformidad con el inciso b) del artículo 63º del Decreto Legislativo N° 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aun cuando estos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572.
- c) Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63º del

Decreto Legislativo N° 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65° e inciso 1 del artículo 73° de la Ley N° 26572, respectivamente.

- d) Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, artículo 63° [incisos “e” y “f”]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65° [inciso 1] y 73° [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5°, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).
- e) La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.
- f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales solo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4° del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

- **Fundamento Vinculante 21. (Supuestos de procedencia del amparo arbitral)**

“No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del Artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071.

En el caso de los supuestos a) y b) del presente fundamento, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrán resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje”.

- **Fundamento Vinculante 26. (Control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral)**

“No obstante, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto, como se acaba de expresar, de modulación por este Supremo Intérprete de la Constitución, con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar así cualquier desviación en el uso de este control constitucional. Por ello, se instituye la siguiente regla:

El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Solo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la

existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes”.

- 2) “En el contexto descrito y en la lógica de concretizar de un modo más aproximativo los supuestos en que se habilitaría el control constitucional sobre la jurisdicción arbitral, este Tribunal estima oportuno enfatizar que, desde un punto de vista casuístico, serían entre otras tres las situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la citada variable fiscalizadora: **a)** Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal solo puede ser incoada una vez que se haya agotado la vía previa; **b)** Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; **c)** Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.).” (STC Exp. N° 4972-2006-PA/TC, Fundamento Jurídico 17).

27. AMPARO MUNICIPAL

EXÉGESIS

Este subtipo de amparo, tiene que ver con aspectos referidos a las competencias de los gobiernos locales, como puede ser el diseño del Plan de Desarrollo Urbano; el otorgamiento de licencias municipales o la cancelación de concesiones, etc. Así tenemos, que el Tribunal Constitucional, sobre la materia, ha expedido puntual jurisprudencia:

- a. Respecto, de la exigibilidad de licencia de funcionamiento municipal; para alegar vulneración del derecho de libertad de trabajo. En el Exp. N° 2802-2005-PA/TC. Caso Benavides García, (Precedente Vinculante); Fundamento Jurídico 8; se precisó: “En ese sentido, en el ámbito de competencia municipal, para desarrollar alguna de las actividades o servicios regulados por la administración municipal, y a fin de ejercitar válidamente el derecho a la libertad de empresa –y consecuentemente, de ser el caso, poder alegar la vulneración a la libertad de trabajo, como derecho accesorio–, **se debe contar previamente con la respectiva autorización municipal, sea esta licencia, autorización, certificado o cualquier otro instrumento aparente que pruebe la autorización**

municipal para la prestación de un servicio o el desarrollo de una actividad empresarial, como pueden ser, a guisa de ejemplo: el otorgamiento de autorización de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales; licencia o concesión de ruta para el transporte de pasajeros; certificado de compatibilidad de uso; licencia de construcción, remodelación o demolición; declaratoria de fábrica; certificado de conformidad de obra; licencia de funcionamiento; certificado de habilitación técnica y/o licencia para la circulación de vehículos menores”.

- b. De otra parte el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la Ordenanza Municipal que afectaba una concesión minera STC N° 1735-2008-PA/TC (Caso Chougang Hierro Perú S.A.A) por medio de la cual se declaró FUNDADA la demanda de amparo presentada por la empresa minera contra una ordenanza municipal emitida por la Municipalidad Provincial de Nazca, por medio de la cual se cancelaban concesiones mineras otorgadas a la empresa demandante, bajo el argumento de encontrarse dentro del área urbana de la ciudad de Marcona y transgredir las normas del medio ambiente y protección ambiental.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Precedente Vinculante, STC N° 02802-2005-PA, Caso Benavides García Julia (Libertad de empresa. Amparo en materia municipal)

- 1) La libre voluntad de crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, así como el acceso al mercado empresarial. Este derecho se entiende, en buena cuenta, como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa, sin que ello suponga que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad. En ese aspecto, por ejemplo, las municipalidades son competentes, según lo señala la Constitución en su artículo 195º, inciso 8), concordante con el inciso 4) del citado artículo, para “desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley”; es decir, en el ámbito municipal, la libertad de empresa deberá ejercerse sobre dicha base constitucional, de lo que se concluye que el desenvolvimiento del derecho a la libertad de empresa estará

condicionado a que el establecimiento tenga una previa permisión municipal. (Expediente 02802-2005-AA/TC, Fundamento Jurídico 4)

- 2) En ese sentido, teniendo en cuenta la naturaleza accesoria del derecho a la libertad de trabajo, este Supremo Tribunal en la citada sentencia N° 3330-2004-AA/TC, estimó que, en los casos vinculados al otorgamiento de licencias municipales de funcionamiento de establecimiento, se vulnerará la libertad de trabajo “(...) si es que no se (...) permite ejercer [el] derecho a la libertad de empresa. Es decir, si al demandante no se le estaría permitiendo abrir su discoteca, tampoco se le estaría permitiendo trabajar (...)”. La sentencia precisaba, además, que para poder determinar si se afecta la libertad de trabajo, tendrá que esclarecerse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa. Asimismo, enfatizaba que para poder reconocer el derecho a la libertad de empresa, debe acreditarse contar con la licencia de funcionamiento correspondiente de parte de la autoridad municipal; caso contrario, no puede asumir la afectación de dicho derecho fundamental; concluyendo que si un derecho fundamental no asiste a la parte demandante, la demanda deberá ser declarada necesariamente improcedente, en virtud de que, según el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional, “(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo” (Expediente 02802-2005-AA/TC, Fundamento Jurídico 5)
- 3) Como se ha señalado en el fundamento N° 5, *supra*, las municipalidades, por mandato constitucional, son competentes para regular actividades y servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, cultura, recreación y deporte, dentro del marco legal correspondiente. En ese sentido, en el ámbito de competencia municipal, para desarrollar alguna de las actividades o servicios regulados por la administración municipal, y a fin de ejercitar válidamente el derecho a la libertad de empresa –y consecuentemente, de ser el caso, poder alegar la vulneración a la libertad de trabajo, como derecho accesorio–, se debe contar previamente con la respectiva autorización municipal, sea esta licencia, autorización, certificado o cualquier otro instrumento aparente que pruebe la autorización municipal para la prestación de un servicio o el desarrollo de una actividad empresarial, como pueden ser, a guisa de ejemplo: el otorgamiento de autorización de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales; licencia o concesión de ruta para el transporte de pasajeros; certificado de

compatibilidad de uso; licencia de construcción, remodelación o demolición; declaratoria de fábrica; certificado de conformidad de obra; licencia de funcionamiento; certificado de habilitación técnica y/o licencia para la circulación de vehículos menores (Expediente 02802-2005-AA/TC, Fundamento Jurídico 8).

- 4) En este sentido, la ordenanza sienta las bases para privar a los demandantes del territorio sobre el cual ostentan un derecho económico de explotación exclusiva, lo cual amenaza de forma directa y cierta la concesión de la cual son titulares. Ello, toda vez que comprende territorio sobre el cual existe un derecho de concesión en el área urbana de la ciudad, supone un hecho concreto destinado a menoscabar el derecho de la empresa demandante, al tratarse de derechos incompatibles sobre un mismo terreno. De esta forma, la amenaza en cuestión se presenta como real y efectiva. (Expediente 01735-2008-PA/TC, Fundamento Jurídico 6)
- 5) En el caso de autos, sin embargo, la Entidad demandada no solo no habría cumplido con el procedimiento especialmente previsto para el diseño y configuración del Plan de Desarrollo Urbano, atentando así contra lo expresamente previsto por las leyes N° 27015 y N° 27560, sino que además no ha expuesto ni menos fundamentado, razón técnica alguna capaz de sustentar la modificación del Plan de Desarrollo Urbano en los términos en que ha sido realizada, por lo que este Tribunal considera que la referida norma, la Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN que aprueba la “Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016”, ha vulnerado el derecho a la libertad contractual de la empresa demandante y en consecuencia, debe ser declarada inaplicable al caso concreto. (Expediente 01735-2008-PA/TC, Fundamento Jurídico 16)

28. AMPARO TRIBUTARIO

EXÉGESIS

Configura este subtipo de amparo aquellas actuaciones materiales que versan sobre el cuestionamiento de aspectos referidos a principios o leyes tributarias. Este subtipo de amparo ha sido desarrollado en su mayoría por vía jurisprudencial del Tribunal Constitucional:

Son Principios y Derechos de la Función Tributaria en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia constitucional tributaria⁶¹

61. ADRIAN Javier; Los Principios y Derechos del Debido Proceso en Algunos Casos de Amparo en Materia Constitucional Tributaria; Editorial Gaceta del Tribunal Constitucional, Lima 2006, p. 12.

• **Derecho de libre acceso a la jurisdicción y el principio solve et repete**

En materia tributaria, el Tribunal Constitucional ha establecido que “el derecho a la tutela judicial efectiva, en su expresión de acceso a la jurisdicción, debe comprenderse también como un derecho de acceso a la jurisdicción constitucional, a efectos de que ninguna autoridad o funcionario pueda poner más obstáculos que los previstos en la legislación que regula los procesos constitucionales. El establecimiento de mecanismos de gradualidad que, en este caso, opera como freno para la interposición de recursos y que en la práctica impide el acceso al Tribunal Constitucional, supone, desde esta óptica, también un mecanismo que imposibilita la tutela jurisdiccional efectiva en el **ámbito de la jurisdicción constitucional**” (Expediente N° 1803-2004-AA/TC FJ. 29).

Respecto al principio solve et repete, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “su exigencia, es decir, **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**. Obstáculo desproporcionado si es que se tiene en cuenta que el deber de todos de contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos, incluso de aquellos que pretenden cuestionar judicialmente un acto administrativo tributario, puede alcanzarse a través de otros medios (...). En otras palabras, es desproporcionado porque su finalidad constitucional –que el Estado cuente con los recursos necesarios para hacer frente a sus cargas– es solo un pretexto que, alcanzándose a través de otros medios, en realidad, tiene el propósito de desalentar el cuestionamiento judicial de sus actos administrativos de contenido tributario” (Expediente N° 3548-2003-AA/TC FJ. 7).

• **El Derecho de Defensa**

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “(...) el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés. (...) En el extremo que se discute de autos –donde se contraponen la actuación de oficio del

Estado bajo la presunción de legalidad de sus actos (iuris tantum) frente a un particular–, la vulneración del derecho de defensa quedaría fehacientemente constatada si se comprobase que la Administración Tributaria ha sustentado sus conclusiones en base a pruebas inexistentes o desconocidas, pues ello determinaría la imposibilidad de contradecirlas y, obviamente, defenderse contra ellas; más aun si tales pruebas, por sí mismas, resultaron sustanciales y determinantes para la resolución de la controversia” (Expediente N° 08605-2005-AA/TC, FJ 14 y 15).

Por otra parte, en un caso en el que se sostenía que la SUNAT había vulnerado el derecho de defensa de un contribuyente por haber notificado en el mismo día tanto una orden de pago como la respectiva resolución de cobranza coactiva, el Tribunal Constitucional determinó que “se acredita la vulneración al debido proceso y del derecho de defensa en sede administrativa tributaria, no solo al no haberse esperado el plazo señalado por la propia Administración para el inicio del procedimiento de cobranza coactiva sino, además, por abusar de la facultad que se le otorga para asegurar la cancelación de las deudas tributarias” (Expediente N° 00417-2005-AA/TC, FJ 4).

• **El Derecho a la Tutela Cautelar**

Respecto, a los presupuestos que debe considerar el Ejecutor Coactivo para decretar una medida cautelar, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “Una medida cautelar no puede decretarse de manera automática ante la sola petición del solicitante. Se debe tener en cuenta, por lo menos, dos requisitos mínimos, a saber: verosimilitud del derecho y peligro en la demora. (...). La **Verosimilitud en el Derecho** (fumus bonis iuris) (...) implica que quien afirma que existe una situación jurídica pasible de ser cautelada, debe acreditar la apariencia de la pretensión reclamada, a diferencia de la sentencia favorable sobre el fondo, la cual se basa en la certeza de tal pretensión. El peticionario tiene la carga de acreditar, sin control de su contraria, que existe un alto grado de probabilidad de que la sentencia definitiva que se dicte oportunamente reconocerá el derecho en el que se funda la pretensión. (...). El **Peligro en la demora** (periculum in mora) (...) se ve configurado por dos elementos: la demora en la obtención de una sentencia definitiva, y el daño marginal que se produce precisamente a causa de este retraso. Este presupuesto básico está referido al peligro de daño (peligro procesal) al derecho esgrimido en el proceso judicial (o coactivo, como el caso de autos) derivado del retardo que necesariamente conlleva el reconocimiento judicial de un derecho reclamado. Dicho derecho, ante un peligro inminente o

irreparable, debe ser protegido de manera inmediata, a fin de evitar que, en caso de obtenerse una sentencia favorable, esta no pueda ser cumplida (Expediente N° 00015-2005-AI/TC FJ 28).

También, es importante precisar que, conforme a un sector de la doctrina, otro requisito básico para el dictado de una medida cautelar es la “**adecuación**”, la misma que parte de la necesidad de que se otorguen medidas cautelares que sean **congruentes** y **proporcionadas** con el objeto que es materia de esta tutela de aseguración.

El Derecho a la Motivación

Sobre la exigencia de motivación en sede administrativa, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando solo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no solo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente exponer las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada” (Expediente N° 0090-2004-AA/TC FJ 34).

Asimismo, cabe precisar que el Supremo Intérprete Constitucional ha sostenido que “(...) la motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la Administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación. Evidentemente, tal exigencia varía de intensidad según la clase de resolución, siendo claro que ella deberá ser más rigurosa cuando se trate, por ejemplo, de decisiones sancionadoras, como ocurre en el caso sub exámine” (Expediente N° 4289-2004-AA/TC FJ 9).

- **La prohibición de la reformatio in peius**

En cuanto a la dimensión de este principio, en materia tributaria, el Tribunal Constitucional sostuvo que “(...) la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación” (STC N° 1803-2004-AA/TC FJ. 26)

En la sentencia referida, el Tribunal Constitucional sostuvo que “al haberse incrementado el monto de la multa como consecuencia del ejercicio de un derecho constitucional, dicho incremento producido al confirmarse la Resolución N° 134- 02-0006188, mediante Resolución N° 136-4-01814/SUNAT –ambas resoluciones de la Intendencia Regional de Junín– resulta nulo; y las normas que así lo autorizan, inaplicables por ser violatorias del derecho de defensa, del derecho a los recursos y a la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa” (Expediente N° 1803-2004-AA/TC FJ. 27)

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1) **Precedente Vinculante, STC N° 02302-2003-PA, Caso Inversiones Dreams S.A.(Agotamiento de la vía previa en materia tributaria)**

“En la misma sentencia bajo comentario, señalamos que el principio de no confiscatoriedad tiene la estructura propia de lo que se denomina un ‘*concepto jurídico indeterminado*’. Es decir, 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. No obstante, teniendo en cuenta las funciones que cumple en nuestro Estado democrático de Derecho, es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente se admite para no vulnerar el derecho a la propiedad”. (Expediente N° 2302-2003-AA/TC Fundamento Jurídico 13)

La Confiscatoriedad por Sumatoria de Tributos

En el presente caso, la parte demandante alega confiscatoriedad por doble imposición sobre una misma actividad comercial, señalando además, que en el ejercicio 2000/2001, este hecho les ha generado pérdidas, como se advierte del estado de ganancias y pérdidas que adjuntan, como medio probatorio a fojas 78. Refieren, que al ser gravados 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), se encuentran tributando dos veces por la misma actividad, convirtiendo en deficitaria su actividad comercial.

Así las cosas, a fojas 206, sostienen que no podrán cumplir con la distribución legal de la renta, es decir, con la participación que se otorga a los trabajadores equivalentes al 6%. Tampoco se podrá cumplir con el Estado peruano con el pago al Impuesto a la Renta. Se declara **INFUNDADO** el proceso constitucional de amparo respecto a la confiscatoriedad por doble imposición en el caso del Impuesto a los Juegos y el Impuesto Selectivo a los Juegos de Azar y Apuestas, conforme a los fundamentos 21 al 28. Declarar **FUNDADO** el proceso constitucional de amparo respecto a la inaplicación del inciso a) del artículo 9° del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los Juegos de Azar y Apuestas; en consecuencia, déjense sin efecto las órdenes de pago y resoluciones de cobranza coactiva derivadas de esta norma, y, que se encuentren comprendidas en autos. Establézcase el precedente vinculante respecto al agotamiento de la vía previa en casos similares, según lo señalado en los fundamentos 5 al 9. En consecuencia: a) Cuando se cuestionen actos concretos de aplicación de una norma reglamentaria –Decreto Supremo– directamente contraría a la Ley e indirectamente contraria a la Constitución, será necesario el agotamiento de 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. (Expediente N° 2302-2003-AA/TC Fundamento Jurídico 15).

- 2) La actora pretende que se declare inaplicable a su caso el Decreto Supremo N° 222-2001-EF, en virtud del cual se incrementa el ISC sobre la importación de cigarrillos de 100% al 125%, disposición que sustenta en el artículo 61° del TUO de la Ley del IGV e ISC, aprobado por Decreto Supremo N° 055-99-EF, que establece que “*Por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se podrán modificar las tasas y/o montos fijos, así como los bienes contenidos en los apéndices III y IV (...)*”. Se Declara **FUNDADA** la acción de amparo; en consecuencia, inaplicable a British American Tobacco (South America) Ltd., Sucursal del Perú, el D.S. N° 222-2001-EF. (Expediente 02762-2002-PA/TC, Fundamento Jurídico 1)
- 3) “Pero ¿el *solve et repete* obstaculiza, impide o disuade irrazonablemente el acceso a un tribunal de justicia? La respuesta, a juicio del Tribunal, es afirmativa.

En primer lugar, su exigencia, es decir, 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. Obstáculo desproporcionado si es que se tiene en cuenta que el deber de todos de contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos, incluso de aquellos que pretenden cuestionar judicialmente un acto administrativo tributario, puede alcanzarse a través de otros medios, como el de la ejecutividad de los actos y resoluciones de la administración tributaria, incluso una vez presentada la demanda contencioso-administrativa [cf. última parte del segundo párrafo del artículo 157° del Código Tributario].

En otras palabras, es desproporcionado porque su finalidad constitucional – que el Estado cuente con los recursos necesarios para hacer frente a sus cargas– es solo un pretexto que, alcanzándose a través de otros medios, en realidad, tiene el propósito de desalentar el cuestionamiento judicial de sus actos administrativos de contenido tributario.

En segundo lugar, se trata de una regla incompatible con el principio de igualdad jurídica, ya que, como ha sostenido la Corte Constitucional de Italia, con su exigencia se propicia un tratamiento diferenciado “(...) entre el contribuyente que está en grado de pagar inmediatamente el tributo en su totalidad, y el contribuyente que no tiene medios suficientes para hacer el pago, ni puede procurárselo prontamente recurriendo al crédito, entre otras cosas, porque aun en el caso de obtener la victoria en el proceso, no obtendría el reembolso de las sumas depositadas sino con retardo. Al primero le es consentido, en mérito de sus condiciones económicas, de solicitar justicia y de obtenerla, donde pueda probar tener la razón; al segundo esta facultad se le presenta difícil y tal vez imposible, no solo de hecho, sino también en base al derecho, a fuerza de un presupuesto procesal establecido por la ley y consistente en la carga de pagar una suma eventualmente ingente” [Sentenza núm. 21/1961]”. (Expediente N° 3548-2003-AA/TC, Fundamento Jurídico 7).

- 4) “La doctrina considera, pues, que la motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la Administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación. Evidentemente, tal exigencia varía de intensidad según la clase de resolución, siendo claro que ella deberá ser más rigurosa cuando se trate, por ejemplo, de decisiones sancionadoras, como ocurre en el caso *sub examine*”. (Expediente N° 4289-2004-PA/TC, Fundamento Jurídico 9)

- 5) “En consecuencia, en el presente caso, al haberse incrementado el monto de la multa como consecuencia del ejercicio de un derecho constitucional, dicho incremento producido al confirmarse la Resolución N° 134-02-0006188, mediante Resolución N° 136-4-01814/SUNAT –ambas resoluciones de la Intendencia Regional de Junín– resulta nulo; y las normas que así lo autorizan, inaplicables por ser violatorias del derecho de defensa, del derecho a los recursos y a la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa conforme se ha señalado en los párrafos precedentes”. (Expediente N° 1803-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 27)
- 6) “Bajo esa premisa, el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como *principio de interdicción* para afrontar cualquier indefensión y como *principio de contradicción* de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés”. (Expediente N° 8605-2005-AA/TC, Fundamento Jurídico 14).
- 7) “En el extremo que se discute de autos –donde se contrapone la actuación de oficio del Estado bajo la presunción de legalidad de sus actos (*iuris tantum*) frente a un particular–, la vulneración del derecho de defensa quedaría fehacientemente constatada si se comprobase que la Administración Tributaria ha sustentado sus conclusiones en base a pruebas inexistentes o desconocidas, pues ello determinaría la imposibilidad de contradecirlas y, obviamente, defenderse contra ellas; más aun si tales pruebas, por *sí mismas*, resultaron sustanciales y determinantes para la resolución de la controversia”. (Expediente N° 8605-2005-AA/TC, Fundamento Jurídico 15).

29. AMPARO TRANSNACIONAL

EXÉGESIS

En correlato con los postulados y principios de la Legislación y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos; los estados nacionales Establecen en sus Constituciones la posibilidad de recurrir a la Jurisdicción Supranacional cuando se advirtieran violaciones de los derechos fundamentales, que en principio –en opinión de los solicitantes de la intervención supranacional– no han sido amparados debidamente. Así, el art. 24 del Código Procesal Constitucional –**agotamiento de la Jurisdicción Nacional**– prescribe que: “La resolución del Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre el fondo

agota la Jurisdicción Nacional”. Habilitando, en consecuencia, la posibilidad de recurrir, previo el cumplimiento de ciertas exigencias, a la Jurisdicción Supranacional, en especial respecto de fallos expedidos en procesos de la libertad: habeas corpus y amparo, fundamentalmente.

Hoy en día, se puede hablar de la existencia de un genuino amparo transnacional que complementa el sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito interno “A partir de la segunda posguerra se han creado sistemas para la protección de los derechos humanos en el ámbito regional e internacional, con un carácter subsidiario y complementario a los establecidos en los ordenamientos internos, lo que ha producido la “internacionalización de los derechos humanos” y, con ello, la creación de organismos jurisdiccionales transnacionales especializados en la materia, lo que dio origen a la dimensión que Cappelletti bautizara como la justicia constitucional supranacional”⁶².

En Latinoamérica, el organismo jurisdiccional supranacional, de mayor relevancia es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, establecida como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001

LA CORTE,

Por unanimidad,

1. Declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

62. FERRER Eduardo; “Del Amparo Nacional al Amparo Internacional”; <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/files/amparo.doc>, 22/10/2011, p. 16.

2. Declara que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.
3. Declara que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión señalada en el punto resolutivo 1 de la presente Sentencia.
4. Decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.
5. Decide, por equidad, que el Estado debe pagar la suma de US\$ 4.290 (cuatro mil doscientos noventa dólares de los Estados Unidos de América), como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y sus representantes en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección. Esta suma se pagará por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
6. Decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y solo después dará por concluido el caso.

2. Caso “La Cantuta Vs Perú”.
Sentencia de 29 de noviembre de 2006
(Fondo, Reparaciones y Costas)

LA CORTE,
DECLARA

Por unanimidad, que:

1. El Estado violó el derecho a la vida, integridad personal y libertad personal, consagrados en los artículos 4.1, 5.1 y 5.2 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de Hugo Muñoz Sánchez, Dora Oyague Fierro, Marcelino Rosales Cárdenas, Bertila Lozano Torres, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro

Cóndor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Juan Gabriel Mariños Figueroa y Felipe Flores Chipana, en los términos de los párrafos 81 a 98 y 109 a 116 de la presente Sentencia. (3)

2. No hay hechos que permitan concluir que el Estado haya violado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, consagrado en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por las razones expuestas en los párrafos 117 a 121 de la presente Sentencia.(4)
3. El Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de Antonia Pérez Velásquez y otros. (5)

3. Caso Cesti Hurtado Vs Perú
Sentencia de 29 de septiembre de 1999
(Fondo)

LA CORTE,
DECIDE

Por unanimidad, que:

1. Declarar que el Estado peruano violó, en perjuicio del señor Gustavo Adolfo Cesti Hurtado, los artículos 7.6 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos señalados en los párrafos 123 a 133 de la presente sentencia, y ordenar que dé cumplimiento a la resolución dictada por la Sala Especializada de Derecho Público de Lima el 12 de febrero de 1997, sobre el recurso de habeas corpus interpuesto por el señor Cesti Hurtado.
2. Declarar que el Estado peruano violó, en perjuicio del señor Gustavo Adolfo Cesti Hurtado, el artículo 7.1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos señalados en los párrafos 140 a 143 de la presente sentencia.
3. Declarar que el Estado peruano violó, en perjuicio del señor Gustavo Adolfo Cesti Hurtado, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos señalados en el párrafo 151 de la presente sentencia.

IV | **CAPÍTULO** **ASPECTOS PROCESALES**

IV | ASPECTOS PROCESALES

1. PROCEDENCIA (Arts. 2º, 3º, y 4º DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL)

El proceso de Amparo conforme nuestro ordenamiento procesal constitucional, procede:

- **Cuando se violen los derechos constitucionales por acción u omisión. (Art. 2º del Código Procesal Constitucional).** En este supuesto nos referimos a una lesión o transgresión de un derecho constitucional. Esa situación implica una alteración o restricción, el daño debe ser real, efectivo, concreto e ineludible; se excluyen los perjuicios imaginarios, supuestos o aquellos que están fuera de una percepción objetiva.
 1. El Art. 1 del Código Procesal Constitucional –en una de sus principales innovaciones– precisa que si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez atendiendo el 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, bajo apercibimiento de multa o destitución, según sea el caso.
 2. En el modelo anterior si en el transcurso del proceso el agresor cumplía con lo peticionado por el demandante, los Tribunales expresaban que se había producido sustracción de materia y que carecía de objeto pronunciarse sobre el asunto. Igual decisión se producía cuando en el curso del proceso se materializaban actuaciones administrativas que daban por cumplido lo peticionado por el actor.

Por lo general, en el Amparo contra actos de omisión que provoca la vulneración de derechos constitucionales se deben tener en cuenta las siguientes precisiones:

- En el Amparo por omisión se demanda la protección de los derechos constitucionales afectados por la abstención (no hacer) de las autoridades estatales. Se pretende una decisión judicial por la que se ordene a la autoridad estatal cumpla con ejecutar los actos tendientes a proporcionar la tutela que el ordenamiento constitucional reconoce a los derechos fundamentales de las personas.
- La lesión del derecho constitucional debe ser cierta, actual y manifiestamente ilegal.
- Que no existan procedimientos previos o paralelos que puedan subsanar de modo eficaz el acto lesivo (vía igualmente satisfactoria).
- La administración debe haber incurrido en mora, es decir hay “silencios” de la Administración que son ilícitos, porque está vencido el plazo para pronunciarse, o porque el silencio implica una manifestación tácita de voluntad, aprobando o denegando la solicitud puesta a consideración ante la entidad estatal.
- De no haber plazo legal para que el ente estatal se pronuncie o para que ejecute un acto a su cargo, debe existir previo al Amparo un lapso razonable para que el órgano adopte su decisión o cumpla con su obligación.
- **Cuando se amenacen derechos constitucionales por acción u omisión.** El Amparo opera en principio ante una trasgresión; pero también actúa en circunstancias excepcionales contra una amenaza cuando ello resulta de inminente realización. Esto constituye una expresión de la demandada Tutela Jurisdiccional Preventiva, como complemento de la jurisdicción reparadora. El interés para obrar estaría conformado, no por el daño en sí, sino por el peligro de daño jurídico.

La certeza está referida a la veracidad de la amenaza, es decir, la seguridad objetiva de que esta va a acontecer no por suposición subjetiva del recurrente, sino porque el juez la encuentra objetivamente planteado en el caso concreto. (STC N° 2516-2003-AAT/TC Fundamento Jurídico 2). Así descritas las cosas, debe presentarse un alto grado de probabilidad de que cambiarán – de modo inminente– las circunstancias, existentes al momento de interponerse la demanda de amparo en perjuicio del amparista.

La amenaza materia del proceso de Amparo debe ser cierta y de inminente realización, (Art. 2° del Código Procesal Constitucional) son los llamados “actos futuros inminentes” referidos a hechos próximos por ejecutarse, es decir pasibles de materialización en un futuro inmediato.

2. IMPROCEDENCIA (Arts. 5° y 47° DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL)

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. En tal sentido, el art. 38 del C.P.Const, prescribe: “no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no esté referido a los aspectos constitucionalmente directos o que no esté referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”. Por STC N° 2802-2005 PA, Caso Benavides García (**precedente vinculante**), se estableció “... **sólo en los casos en que sustente con claridad la afectación de un derecho constitucional, se podrá analizar el fondo de la controversia planteada en una demanda de amparo**” se deja establecido que el amparo está para cautelar, solo y exclusivamente el contenido constitucional del derecho. Así la labor más importante y difícil que afrontan los jueces constitucionales, respecto de los derechos fundamentales es la determinación de su contenido⁶³.
2. Existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus.
3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto a su derecho constitucional;
4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por el Código y en el proceso de hábeas corpus
5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable; Cuando la violación se ha convertido en irreparable (el Amparo no busca ni la sanción ni la reparación del daño. Hay otras vías procesales para estos fines, distintas de las de Amparo).
6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia.

Sin embargo, hay que tener presente sobre el particular que el Tribunal Constitucional, vía precedentes vinculantes ha instaurado la figura del “**amparo contra amparo**”. Técnica, por cierto, muy controversial y polémica, pues va en contra de la naturaleza excepcional y de tutela de urgencia del

63. CASTILLO CÓRDOVA; Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. ARA Editores Colección Jurídica. Pág. 579.

amparo. Considero, que la posición asumida por el derecho mexicano –a quienes con justicia debemos escuchar por ser los fundadores del amparo– en cuanto a un rechazo de plano de esta técnica de “amparo contra amparo”, es razonable. Debiéndose, establecer, para determinados supuestos de transgresión de derechos dentro de un proceso de amparo, el uso de otros mecanismos procesales como un adecuado y eficaz procedimiento de ejecución de sentencias, con el uso eficiente de los apremios que dispone el propio Código Procesal Constitucional; o en su caso el acceso a la jurisdicción supranacional.

- No obstante, siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, en materia de “**amparo contra amparo**”, conviene hacer referencia a las siguientes sentencias:
 - **STC Nº 4853-2004-PA**, Caso DIRECCIÓN GENERAL DE PESQUERÍA (Precedente Vinculante) que estableció, en el fundamento 39, los supuestos de procedencia del amparo contra amparo. Así, como la procedencia del recurso de agravio constitucional a favor del precedente (Fundamento 40). Esta regla vinculante (Fundamento 40) fue DEJADO SIN EFECTO por la STC Nº 03908-2007-AA. Caso Provías Nacional; que cuando se alegue la contravención de un precedente vinculante, el mecanismo a utilizar es el “**amparo contra amparo**” y no el recurso de agravio constitucional.
 - Por **STC Nº 03167-2010-PA/TC. Caso SANDRO FAVIO UGARTE HERRERA**, teniendo como base el precedente vinculante recaído en la STC Nº 4853-2004-AA/TC, **se estableció como presupuestos procesales específicos para la procedencia del “amparo contra amparo” – de modo excepcional y por única vez– los siguientes:**
 - a) Solo procede cuando la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta. Tratándose incluso de contraamparos en materia laboral dicha procedencia supone el cumplimiento previo o efectivo de la sentencia emitida en el primer proceso de amparo (Cfr. 04650-2007-PA/TC, fundamento 5);
 - b) Su habilitación solo opera por una sola y única oportunidad, siempre que las partes procesales del primer y segundo amparo sean las mismas;

- c) Resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales desestimatorias como contra las estimatorias, sin perjuicio del recurso de agravio especial habilitado específicamente contra sentencias estimatorias recaídas en procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, en los que se haya producido vulneración del orden constitucional y en particular del artículo 8º de la Constitución (Cfr. sentencias emitidas en los Exp. Nº 02663-2009-PHC/TC, fundamento 9 y Nº 02748-2010-PHC/TC, fundamento 15);
 - d) Su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales, independientemente de la naturaleza de los mismos;
 - e) Procede en defensa de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida por el Tribunal Constitucional;
 - f) Se habilita en defensa de los terceros que no han participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias, debidamente acreditadas, no pudo acceder al agravio constitucional;
 - g) Resulta pertinente como mecanismo de defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional (sentencia recaída en el Expediente Nº 03908-2007-PA/TC, fundamento 8; Caso Provías Nacional);
 - h) No procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional;
 - i) Procede incluso cuando el proceso se torna inconstitucional en cualquiera de sus otras fases o etapas, como por ejemplo la de ejecución de sentencia (Cfr. STC Nº 04063-2007-PA/TC, fundamento 3; STC Nº 01797-2010-PA/TC, fundamento 3; RTC Nº 03122-2010-PA/TC, fundamento 4; RTC Nº 02668-2010-PA/TC, fundamento 4, entre otros).
7. Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado.

8. Se cuestionan las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando afecten derechos fundamentales por violación del debido proceso (En el Exp. N° 007-2007-PI/TC, se declaró inconstitucional el artículo único de la Ley N° 28642, modificatoria del art. 5 numeral 8 del Código Procesal Constitucional). La Constitución Política de 1993 en su Art. 142 prescribe: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”. En tanto, el artículo 181 estipula que las resoluciones del pleno del Jurado Nacional de Elecciones, son expedidas en instancia final definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno. Sin embargo, hay que tener presente que por STC N° 5854-2005-PA, Caso Pedro Lizana Puelles (**Precedente Vinculante**) se estableció la procedencia de la demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones por afectación de derechos fundamentales (fundamento 35).
9. Se trata de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes. Lo que se ha tratado de limitar es que se produzca acciones de garantía del Estado contra el propio Estado. Pues, se sostenía que el Estado (Poder Ejecutivo, Ministerios, Instituciones Públicas, Municipalidades, etc) no tienen derechos sino atribuciones que cumplir en beneficio de la comunidad. Lo que resulta controversial pues el Estado es un sujeto esencialmente de derecho público, con doble personalidad una cuando actúa dando órdenes y otra cuando participa como particular al contratar. Pero, es de advertir que en la STC N° 11501-2004-AA, (Precedente Vinculante). Caso Banco de la Nación, contra EsSalud. Se precisó que “Si procede los procesos constitucionales entre tales entidades –Banco de la Nación contra EsSalud– en el caso de que la actividad de la demandada no haya sido efectuada en el ejercicio regular de sus funciones, sobre todo cuando está de por medio la tutela objetiva de los derechos fundamentales”
10. Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de habeas corpus. Para el caso del amparo, el plazo para la interposición de la demanda prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación. Para el caso de amparo contra resoluciones judiciales, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Y es de treinta días

hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido (Art. 44° del Código Procesal Constitucional).

11. Cuando la demanda se interpone en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de información, para que se rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes.

3. VÍAS PROCEDIMENTALES ESPECÍFICAS

Siendo que el Código Procesal Constitucional acoge, respecto del amparo, el modelo residual o subsidiario la noción de “vía procedimental específica igualmente satisfactoria” puede, debido a su imprecisión conceptual, generar rechazos por los jueces de las demandas de amparo con el argumento de que existen vía procedimental específica a la que debe recurrir necesariamente el afectado. Al respecto Sáenz Dávalos, expresa: “La sola existencia de una vía judicial como mecanismo de protección de un derecho constitucional, no significa per se, que la misma sea, en todos los casos y supuestos igualmente satisfactorios, que la estrictamente constitucional. Dicha vía, debe cuando menos y entre otras cosas, dispensar la misma dosis de tutela o satisfacer con igual intensidad la pretensión reclamada, debe contar con un elenco de medidas cautelares supuestamente óptimas como las que ofrece el proceso constitucional y debe tramitarse dentro de plazos similares o elementalmente razonable en cuanto a su periodo de duración”⁶⁴.

Y que hay sobre la posibilidad de considerar a la vida penal como vía específica (vía paralela). En efecto ciertas resoluciones de improcedencia podrían escudarse bajo la premisa de existencia de la vía paralela penal. Sobre el punto, Luís Castillo Córdova expresa: “Si uno de los requisitos que ha de cumplir la vía ordinaria para que constituya vía paralela es que persiga la misma finalidad protectora que la que se alcanzaría con el proceso constitucional entonces la acción penal no tiene posibilidad alguna de convertirse en vía paralela. Ello porque un proceso penal tiene por finalidad investigar hechos con el propósito de determinar responsabilidades penales para así aplicar las correspondientes sanciones. Nada de esto se persigue a través de un proceso constitucional”⁶⁵.

64. SAÉNZ DÁVALOS Luis R., “Introducción a los Procesos Constitucionales”, Lima Perú, Jurista Editores, 2005, p. 89

65. CASTILLO CORDOVA Luis, “Comentarios al Código Procesal Constitucional”, Piura Perú, Ara Editores, 2004, p. 200

4. AGOTAMIENTO DE LAS VÍAS PREVIAS (Art. 45 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL)

El proceso de Amparo solo procede cuando se hayan agotado las vías previas (requisito de procedibilidad). Pero, en caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo. Se entiende por vía previa el recurso jerárquico (nivel pre-judicial) que tiene el perjudicado antes de recurrir al Proceso de Amparo. Son vías previas de carácter público los procedimientos administrativos: para el Estado están regulados en la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General y para las personas jurídicas privadas están reguladas en sus Estatutos o Reglamentos Internos de cada institución.

- Las vías paralelas, son aquellos procesos ordinarios y especiales de un determinado orden jurídico procesal, que no obstante ser diferente en cuanto al procedimiento procuran al justiciable la consecución de un mismo resultado práctico.
- La diferencia entre vías previas y vías paralelas, está en que las vías previas son de carácter administrativo; en tanto que las vías paralelas son de naturaleza judicial. Las vías paralelas supone la existencia de hasta dos vías (la vía común u ordinaria y la vía constitucional), quien recurre a la vía común no puede intentar la vía constitucional. Art. 5 inc. 3 del C. P. Const).

Excepciones a las vías previas son: (art. 46 del Código Procesal Constitucional)

- Cuando una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida (la entidad agresora, puede ejercitar alguna disposición, sin permitir al afectado hacer uso de la reclamación correspondiente. O igualmente, se pretende ejecutar una resolución antes de quedar consentida y ejecutoriada, impidiendo al afectado hacer uso de los recursos impugnatorios).
- Por el agotamiento de la vía previa, pudiere convertirse en irreparable la agresión (puede ser que la vía previa por lentitud del proceso y la programación en el tiempo debido al marasmo burocrático puede convertir la lesión en irreparable. Por lo que procede recurrir de inmediato a la vía judicial).
- La vía previa no se encuentra regulada (es necesario que la vía previa éste reglamentada, con anterioridad a la agresión, estableciendo las instancias, los medios de impugnación, los términos y, sobre todo, garantizando el derecho de defensa del administrado).

- La vía previa ha sido iniciada innecesariamente por el reclamante, sin estar obligado a hacerlo (para el caso que la agresión provenga de última instancia administrativa, no puede reclamarse válidamente, por no existir instancias superiores).
- No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución (la vía administrativa tiene un término de tramitación, y otro de resolución. Vencido el término de ley sin que el órgano administrativo se pronuncie, el afectado tiene expedito su derecho para accionar ante el Poder Judicial).
- **Conforme Precedente Vinculante contenido en la STC N° 2302-2003-AA, Caso Inversiones Dreams S.A., se estableció:**
 - a. La exigibilidad de la vía previa en los procesos de amparo contra la aplicación de normas reglamentarias (Decretos Supremos que han sido dictados contraviniendo el Art. 74 de la Constitución –Principio de la legalidad en materia tributaria–). Fundamentos 5 y 6 sostiene, que tratándose de la aplicación de normas tributarias, como por ejemplo, órdenes de plazo, resoluciones de determinación, multas o cobranzas coactivas. La vía previa, ante la emergencia arbitraria de una deuda tributaria, la constituye el reclamo que con carácter administrativo establece el Código Tributario. Así el contribuyente debe reclamar en primera Instancia, ante el órgano administrador del Tributo, y luego apelar ante el Tribunal Fiscal, en cuyo caso, recién quedará agotada la vía administrativa.
 - b. Excepción a la exigibilidad del agotamiento de la vía previa, en caso de normas autoaplicativas. Precisa, que: “No resultaría exigible la vía previa en el caso de normas autoaplicativas, pues, al ser susceptibles de afectar derechos fundamentales con su sola vigencia, el tránsito por esta vía podría convertir en irreparable la agresión. Más aun, al no requerir actos concretos de afectación, haría inviable un pronunciamiento por parte del Tribunal administrativo. Así, las normas tributarias (desarrolladas por el D.S. 158-99-EF) son del tipo autoaplicativo, en la medida que el demandante sea sujeto pasivo del tributo y 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, en procesos de amparo relacionados con el D.S. 158-99-EF” (Fundamento 9).

5. COMPETENCIA: (ART. 51º DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL)

1. Juez Competente

Resulta competente para conocer el proceso de amparo, a elección del demandante:

- El Juez Civil del lugar donde se afectó el derecho.
- El Juez del lugar donde tiene su domicilio el afectado.

Por Ley 28946 del 22/12/2006, se modificó el texto original del artículo 51, en cuanto confería competencia también al Juez del lugar donde domicilia el autor de la infracción. Con esta Ley se pretende evitar el uso indiscriminado y malicioso de procesos de amparo por festinación de la competencia territorial.

2. Competencia de la Sala Superior

Por Ley N° 29364 del 28/05/2009, la Segunda Disposición Derogatoria, derogó los dos últimos párrafos del Art. 51 del Código Procesal Constitucional. En tal sentido, cuando la afectación de derechos se origine mediante una resolución judicial serán competentes en primera Instancia los Jueces Constitucionales o mixtos; y en **segunda Instancia serán competentes las Salas de las Cortes Superiores respectivas.**

6. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Conforme con lo prescrito por los artículos 39 y 40 del Código Procesal Constitucional, están facultados para interponer el proceso de Amparo:

- a. El afectado, en su condición de persona natural o física afectada en sus derechos constitucionales. Puede interponer el proceso directamente o a través de apoderado, no siendo necesaria la inscripción de la representación otorgada. Si el afectado no reside en el Perú la demanda de Amparo deberá ser interpuesta por representante acreditado, siendo suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos.
- b. La entidad afectada. La Constitución en vigor reconoce en puntuales dispositivos derechos fundamentales en cuanto le sean aplicables a las personas jurídicas, hay también la llamada legitimación por sustitución, por ejemplo, un sindicato que interviene en defensa de los derechos laborales de

sus integrantes. En definitiva las personas jurídicas si tienen legitimación para iniciar el Amparo en caso de atentado a sus derechos constitucionales no inherentes a la naturaleza de la persona. Podría ser el caso de los derechos contenidos en los artículos 2 inciso 13 (derecho de asociación) y 17 (derecho de participación en forma individual o asociada, en la vida política, social y cultural de la nación); también para el caso de protección de los llamados derechos constitucionales innominados, o de intereses difusos.

- c. Legitimación de terceros (Cualquier persona sin necesidad de poder expreso, cuando el afectado no pueda interponerla por razones de imposibilidad física, ya sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por hallarse ausente del lugar o cualquier otra causa análoga, debiendo el afectado, una vez que se halle en posibilidad de hacerlo, ratificarse en la acción. En el caso advertido en la STC N° 3760-2004-AA, (Precedente Vinculante), caso Gastón Ortiz Acha, a favor de Alberto Fujimori Fujimori. El Tribunal Constitucional sostiene que el demandante Ortiz Acha interpone la demanda de Amparo, en cuanto se permite la interposición por un tercero sin necesidad de poder expreso en caso de que el presunto afectado se encuentre en imposibilidad física de accionar. Sin embargo, precisa –conforme las circunstancias políticas presentadas en ese entonces– que “si bien es cierto que el presunto afectado se debe única y exclusivamente a su voluntad, no existiendo, como ciudadano, impedimento legal alguno para que retorne al Perú; por el contrario, existe el requerimiento judicial y congresal para que se apersona al país para cumplir con sus obligaciones constitucionales y legales”.
- d. Legitimación del Defensor del Pueblo, conforme con lo prescrito por el artículo 40 último párrafo del Código Procesal Constitucional.
- e. Legitimación y derecho al medio ambiente sano. Tratándose de derechos constitucionales de naturaleza ambiental, o de otros derechos difusos puede interponer demanda de amparo cualquier persona. Así, también puede hacerlo las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de esos derechos. El derecho al medio ambiente, goza de naturaleza constitucional Artículo 2º inciso 22 de la Constitución y Art. 37º inc. 23 del Código Procesal Constitucional, constituye uno de aquellos derechos que la doctrina procesal agrupa bajo la denominación de intereses difusos, colectivos o supraindividuales.

7. LEGITIMACIÓN PASIVA

Puede ser demandado la autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace un derecho constitucional.

Si bien es cierto los derechos fundamentales nacen para hacer frente a amenazas o agresiones de los poderes públicos, hoy en día enfrenta también las arbitrariedades que pueden cometer los particulares. “De esta manera, el ámbito de protección del amparo no sólo recae en el “poder público” sino también en el “poder privado”⁶⁶.

8. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

A tenor de lo prescrito por el Artículo 44º del Código Procesal Constitucional el plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda.

- En caso contrario, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.
- Prescripción de la demanda de Amparo contra Resolución Judicial. El plazo para interponer la demanda de amparo contra resolución judicial, concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena que se cumpla lo decidido.
- En cuanto a la prescripción de la demanda de amparo sobre pensión de Jubilación, en reiterada Jurisprudencia se ha establecido que dada la naturaleza alimentaria del derecho a la pensión de jubilación, y al hecho de que los actos que constituye la afectación son continuados, es decir mes a mes se reitera dicha vulneración; la demanda no caería en causal de improcedencia por prescripción.
- La prescripción, a diferencia de la caducidad, si admite suspensión o interrupción y no puede ser declarada de oficio, a tenor de lo prescrito por los Arts. 1994, 1996 y 1992 del Código Civil.

Reglas que deben observarse, para el cómputo del plazo

- 1) El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.
- 2) Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.

66. ABAD YUPANQUI Samuel B., Ob. Cit. p. 134

- 3) Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución. Es el caso de las pensiones de jubilación, donde los actos de afectación son continuados, es decir que mes a mes se vulnera la violación del derecho.
- 4) La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Solo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.
- 5) Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.
- 6) El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda.

9. TRÁMITE DE LA DEMANDA

Conforme con lo prescrito por el Artículo 53 del Código Procesal Constitucional, modificado por Ley N° 28946, admitida la demanda, el juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. (La derogada Ley 23506 establecía un plazo de tres días para contestar la demanda).

El Juez debe admitir el apersonamiento de terceros, que tuviesen interés jurídicamente relevante en el resultado del proceso (litis consorte facultativo) Art. 54º del Código Procesal Constitucional.

El Juez, luego de admitir la demanda, la notifica. Se han eliminado las contiendas de competencia, la apertura y actuación de pruebas, y otras diligencias propias del juicio ordinario, o llamado “proceso de conocimiento”, sin embargo con las modificaciones introducidas por la Ley 28946; se desnaturaliza, un tanto, la naturaleza urgente del amparo, pues con la aplicación de dicha ley podría producirse un uso indiscriminado de excepciones y defensas previas; incluso dicha norma establece la posibilidad de plantear la nulidad del auto admisorio con el traslado respectivo, lo que producirá un alargamiento de los plazos del amparo.

De las excepciones y defensas previas que se pudiera presentar se corre traslado al demandante por el plazo de dos días, con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, se dictará el Auto de Saneamiento procesal en el que se anule todo lo actuado y se dé por concluido el proceso. Para el caso de que se amparen las excepciones de incompetencia, litis pendencia, cosa juzgada y caducidad, la apelación de la resolución que ampare una o más de las excepciones propuestas es concedida con efecto suspensivo. La apelación de la resolución que desestima la excepción propuesta es concedida sin efecto suspensivo.

Si el agresor o infractor es el Estado la notificación se efectuará también al Procurador Público que corresponda. La no participación del Procurador o del Defensor nombrado por la autoridad demandada, no invalida ni paraliza el procedimiento. (Art. 7º del Código Procesal Constitucional).

Tratándose de instituciones públicas con rango constitucional, serán demandadas directamente, sin la intervención del Procurador Público. Del mismo modo serán demandadas directamente las entidades que tengan personería jurídica propia. (Art. 7 del Código Procesal Constitucional)

- **La Prueba en el Amparo**

Corresponde al demandante la carga de la prueba, para que el Juez deba proceder a la protección del Derecho Constitucional invocado. El breve trámite de este proceso no contempla la existencia de una etapa procesal definida en la cual puedan ofrecerse o actuarse las pruebas correspondientes. Si se requiere actuar amplio material probatorio, el actor deberá acudir a un procedimiento diferente, obviando al Amparo. La prueba que se adjunta debe ser **inmediata, instantánea y autosuficiente**, vale decir que no requiera actuación

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional, ha establecido “solo procede estimar la demanda cuando la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales resulta evidente y plenamente acreditado con las instrumentales acompañadas a la demanda o recabadas durante el proceso” (STC Exp. N° 3242-2004-AA, fd. 4).

Así se tiene que la prueba evidente se caracteriza por la rapidez y seguridad con la que permite tener por demostrado un hecho o aceptada una afirmación⁶⁷.

La no existencia de etapa probatoria, no impide la presentación de prueba instrumental o la actuación de diligencias que el Juez considere necesario realizar sin dilatar los términos (Artículo 9º del Código Procesal Constitucional).

Según lo prescrito por el Art. 53º del Código Procesal Constitucional, en algo que constituye una ordinarización del proceso de amparo, precisa que el Juez de considerarlo necesario puede, incluso, citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesario.

67. VELÁSQUEZ MELÉNDEZ Raffo; “La Prueba en el Proceso de Amparo”; Diálogo con la Jurisprudencia; Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2010, p. 114.

10. SENTENCIA

- Dentro de los cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el Juez expedirá sentencia pronunciándose sobre el mérito. Salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización.
- Solo se admite la intervención del Ministerio Público, en el caso de la solicitud de Medida Cautelar que tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional (Art. 15º del Código Procesal Constitucional). Asimismo, se concede expresión de agravios en el trámite del recurso de apelación (Art. 58º del Código Procesal Constitucional).
- La sentencia es la resolución judicial que pone fin al proceso, o a un estadio del mismo (instancia). La sentencia podrá reputarse, en su caso, como: improcedente; Infundada (o sentencia desestimatoria); o fundada la demanda (o sentencia estimatoria). En este supuesto la sentencia será una declarativa de condena, ordenando en su caso; la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales o la restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales (Art. 55º del Código Procesal Constitucional).
- La decisión final en los procesos constitucionales solo adquiere autoridad de cosa juzgada cuando se pronuncia sobre el fondo. Esta es una innovación respecto de la legislación anterior. “La legislación anterior establecía que solo había cosa juzgada cuando el resultado del proceso era favorable al demandante. Con el Código en vigor habrá cosa juzgada solo cuando exista un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sea este favorable o no al actor”⁶⁸. Por tanto la sentencia habiendo identidad del sujeto, objeto y causa no podrá discutirse, en principio, en otro proceso de amparo u ordinario.

11. CONTENIDO DE LA SENTENCIA FUNDADA (ART. 54 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL)

Declarada Fundada la demanda de amparo, la sentencia contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

68. FERNÁNDEZ CARTAGENA, Ob.

1. Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;
2. Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;
3. 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;
4. Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia.
 - En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

Considero un acierto que se deba precisar los alcances y contenido de la sentencia fundada de amparo para uniformar criterios de los jueces, y lograr una efectiva protección de los derechos constitucionales. Antes, no obstante obtenerse una sentencia fundada de amparo, los actos de vulneración o amenaza del derecho constitucional, por parte del agresor continuaban. Tal situación ha sido salvada por el Art. 60º del Código Procesal Constitucional (procedimiento para la represión de actos homogéneos), “Si tras haberse dado cumplimiento a una sentencia, se reitera actos iguales o similares al cuestionado, será el mismo Juez de ejecución el que los considerará como actos homogéneos disponiendo la aplicación del ámbito de protección del amparo así como la represión de la conducta inconstitucional sobreviniente”⁶⁹.

12. COSTOS Y COSTAS

Conforme con el Artículo 56º del Código Procesal Constitucional. “Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. Si el amparo fuere desestimado por el Juez, este podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad”.

Para evaluar si el demandante incurrió en manifiesta temeridad, debe evaluarse el elemento intencional que tuvo el accionante para la interposición de la demanda. En tal sentido si hubiera tenido, objetivamente hablando, fundadas razones para

69. SÁENZ DÁVALOS Luis R., Ob. Cit., p. 79

iniciar el proceso constitucional será eximido del pago de costos y costas. A modo de ilustración se tiene, que el Tribunal Constitucional, estableció como conductas manifiestamente temerarias, las descritas en los casos contenidos en la STC N° 05976-2007-PA; STC N° 06269-2006-PA y STC N° 05169-2007-PA.

De modo puntual, el Art. 112º del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al Código Procesal Constitucional; prescribe que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

- a. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;
- b. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;
- c. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;
- d. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
- e. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios;
- f. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y
- g. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación⁷⁰.(*)

13. LA ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIAS ESTIMATORIAS

El carácter urgente del proceso de amparo exige que su procedimiento cuente con los instrumentos correspondientes a la tutela jurisdiccional de urgencia. Precisamente, tres elementos corresponden a este tipo de jurisdicción: las medidas cautelares, la actuación inmediata de la sentencia impugnada y las medidas coercitivas⁷¹.

La ejecución o actuación de la sentencia estimatoria de primer grado en el amparo, se enmarca dentro de la naturaleza de condena de este instituto procesal, caracterizado por materializar una **tutela urgentísima y perentoria**, esto en concordancia con aquel “**recurso sencillo y rápido**” que los gobiernos deben dispensar, para la defensa de los derechos constitucionales, que impone el Artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita y ratificada por el Estado Peruano.

70. Inciso adicionado según Art. 2º de la Ley N° 26635 de 23-06/1996

71. CAIRO ROLDAN Omar; Ob. Cit. P. 208

Otras instituciones procesales orientadas a configurar al proceso de amparo como un “recurso sencillo y rápido” son: los principios procesales de carácter publicístico que lo informan (art. III C. P. Const), la cláusula de residualidad (art. 5.2. C. P. Const) la ausencia de etapa probatoria (art. 9 C. P. Const), el régimen flexible de la representación procesal (art. 40 C. P. Const), el régimen de las medidas cautelares Art. (art. 15 C. P. Const), la institución de la represión del acto lesivo homogéneo (art. 60 C. P. Const), la reconversión de procesos, entre otros institutos.

El Tribunal Constitucional en la sentencia expedida con fecha 15 de marzo de 2010; Expediente N° 00607-2009PA/TC. Lima. Caso Flavio Roberto Jhon Lojas, contra Universidad Inca Garcilaso de la Vega, estima que: “una postura favorable a la ejecución de la sentencia estimatoria de primer grado en el amparo –en lugar de reservarla exclusivamente para la etapa final del proceso–, protege adecuadamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante, por dos razones: 1) porque la sentencia de primer grado es ante todo una decisión obligatoria; y 2) porque esa decisión merece una ejecución acorde con el carácter perentorio y urgente que caracteriza al amparo”.

De igual modo el Tribunal Constitucional estableció que **son presupuestos procesales para la actuación inmediata de las sentencias estimatorias, los siguientes:**

- a. **Sistema de valoración mixto:** si bien la regla general debe ser la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, el juez conservará, empero, cierto margen de discrecionalidad para tomar una decisión ajustada a las especiales circunstancias del caso concreto.
- b. **Juez competente:** será competente para resolver la solicitud de actuación inmediata y, de ser el caso, para llevarla a cabo, el juez que dictó la sentencia de primer grado.
- c. **Forma de otorgamiento:** si bien como regla general la actuación inmediata procederá a pedido de parte; ello no impide que el juez pueda ordenarla de oficio cuando exista el riesgo de un perjuicio irreparable para el demandante, ello, en virtud de la obligación del juez constitucional de proteger de modo efectivo los derechos constitucionales, conforme a lo dispuesto por el Artículo II del Título Preliminar del C. P. Const.
- d. **Sujetos legitimados:** tendrá legitimación activa para solicitar la actuación inmediata el beneficiado con la sentencia estimatoria de primer grado o, en su caso, el representante procesal, según lo dispuesto por el Artículo 40º del C. P. Const.

- e. **Alcance:** por regla general, la actuación inmediata ha de ser otorgada respecto de la totalidad de las pretensiones estimadas por el juez a quo; sin embargo, el juez podrá conceder también la actuación inmediata de forma parcial, es decir, solo respecto de alguna o algunas de las referidas pretensiones, cuando ello corresponda según las circunstancias del caso concreto y teniendo en consideración los presupuestos procesales establecidos en el punto viii. No serán ejecutables por esta vía los costos y costas del proceso, ni los devengados o intereses.
- f. **Tipo de sentencia:** podrá concederse la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, tanto de sentencias que no hayan sido apeladas pero que aún puedan serlo, como de sentencias que ya hayan sido apeladas. La actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado se entiende solo respecto de sentencias de condena.
- g. **Mandato preciso:** la sentencia estimatoria de primer grado debe contener un mandato determinado y específico (mandato líquido), de acuerdo a lo establecido por el inciso 4 del artículo 55 del C. P. Const., en el cual debe sustentarse el mandato contenido en la actuación inmediata.
- h. **Presupuestos procesales:**
 1. No irreversibilidad: la actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata.
 2. Proporcionalidad; no obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata; al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.
 3. No será exigible el otorgamiento de contracautela. Sin embargo, de modo excepcional el juez puede solicitarla cuando las pretensiones amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad.
- i. **Apelación:** la resolución que ordena la actuación inmediata, así como aquella que la deniega, serán inimpugnables.

j. Efectos de la sentencia de segundo grado

1. Si la sentencia de segundo grado confirma la decisión del juez *a quo* que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución se convertirá en definitiva.
2. Si la sentencia de segundo grado revoca la decisión del juez *a quo* que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución provisional podrá seguir surtiendo efectos en tanto se mantengan los presupuestos en atención a los cuales fue inicialmente otorgada; lo que se justifica en la finalidad esencial de los procesos constitucionales que, de acuerdo a lo previsto en el Artículo II del Título Preliminar del C. P. Const., es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

k. Relación con la medida cautelar: una vez emitida la sentencia estimatoria de primer grado, el demandante podrá optar alternativamente entre la actuación inmediata o la medida cautelar; sin embargo, la utilización de una excluye la de la otra.

Precisamente, el Tribunal Constitucional; estableció, en la STC Exp. N° 00813-2011-PA/TC, caso Benedicto Berthy Vera Sullayme, que: “ Tal como se puede apreciar el juez *a quo*, al momento de evaluar la solicitud presentada por el recurrente, desconoce abiertamente la doctrina jurisprudencial sentada por este Supremo Colegiado en diversos pronunciamientos (*cf.* STC N° 05994-2005-PHC/TC, fj. 3; STC N° 04878-2008-PA/TC, fj. 56; STC N.º 0607-2009-PA/TC, fj. 18), los cuales han admitido expresamente que el Artículo 22º del CPConst. **ha incorporado el régimen de actuación inmediata de sentencia en los procesos constitucionales de la libertad, por lo que el juez constitucional se encuentra habilitado para ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria, independientemente de la existencia de mecanismos de acceso a la instancia superior.** Más aun, en la reciente STC N° 0607-2009-PA/TC, publicada el 18 de marzo de 2010 en su página web, el Tribunal Constitucional no solo ha sido claro y enfático al reiterar dicho parecer, sino que además ha establecido como jurisprudencia vinculante los principios y reglas procesales que ha de observar, respetar y aplicar el juez constitucional para evaluar la solicitud de actuación inmediata de la sentencia estimativa que le es presentada” (Fundamento Jurídico 10).

14. RECURSOS IMPUGNATORIOS**A. Recurso de Apelación**

Conforme con lo prescrito por el Art. 58 del Código Procesal Constitucional la sentencia expedida por el Juez de la primera instancia es apelable por cualquiera de las partes, dentro del tercer día siguientes a su notificación. El expediente deberá ser elevado a la Corte Superior en igual término.

El recurso de apelación se funda en el agravio y en la instancia plural que garantiza la Constitución en su Artículo 139 inciso 6, permite que el magistrado superior revise el proceso, lo analice, evalúe y juzgue el caso controvertido.

La apelación puede interponerse por cualquiera de las partes: el afectado o el agresor (demandante y demandado), por sí o por medio de apoderado o representante legal, en caso de ser incapaces. Solo son apelables: el auto precautelatorio, (art. 15 del Código Procesal Constitucional); el auto que rechaza de plano la acción (Art. 47); la resolución que ampare o desestime una excepción propuesta (Art. 53); la sentencia (Art. 57); la resolución que declara inadmisibile la demanda (Art. 48); la resolución que declara procedente la represión de un acto homogéneo (Art. 60). Cualquier otra resolución intermedia no es susceptible de apelación.

El Código Procesal Civil resulta de aplicación supletoria, en todo lo no previsto por el Código Procesal Constitucional, en materia de apelación.

Para asuntos relacionados con el Estado, deberá emplazarse al Procurador Público o al representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda. Aun cuando no se apersonaran, se les debe notificar la resolución que ponga fin al grado. Ya no se concede de oficio la apelación (Art. 7º del Código Procesal Constitucional).

- El artículo 58 del Código Procesal Constitucional prescribe que recibido el expediente por la Sala Superior se notificará dentro de los tres días a las partes para la respectiva expresión de agravios (se puede ampliar la fundamentación incluyendo razones de hecho y derecho que se hayan omitido).
- Dentro de los tres días siguientes, de recibida la notificación, las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa.

- El Superior deberá expedir sentencia dentro del plazo de cinco días posteriores de la vista de la causa, bajo responsabilidad. (Art. 58 del Código Procesal Constitucional).
- Conforme con lo prescrito por el Art. 11 del Código Procesal Constitucional los jueces superiores integrarán las decisiones cuando adviertan alguna omisión en la sentencia, siempre que en ella aparezcan los fundamentos que permitan integrar tal omisión.

B. Recurso de Agravio Constitucional

A tenor de lo prescrito por el Art. 202 inc. 2do de la Constitución, el Tribunal Constitucional conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento.

- Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede interponer recurso de agravio constitucional dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución.
- Se interpone ante el Presidente de la misma Sala, quien debe, concedido el recurso, remitir el expediente al Tribunal Constitucional dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia bajo responsabilidad. Este resuelve el recurso en el plazo máximo de treinta días (Art. 20 del Código Procesal Constitucional).

C. Recurso de Queja

Contra el auto que deniega el recurso de agravio constitucional procede recurso de queja. Este se interpone ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación de la denegatoria. Si al declarar el Tribunal Constitucional fundada la queja, conoce también el recurso de agravio constitucional, ordenando al juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de oficiado, bajo responsabilidad. (Art. 19 del Código Procesal Constitucional).

- De considerar, el Tribunal que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso, que ha afectado el sentido de la decisión, decretará la nulidad y la repone al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio, disponiendo la devolución de los autos al órgano judicial del que procede para que la sustancie con arreglo a derecho.

- Las partes que intervienen ante el Tribunal no pueden alegar hechos nuevos ante éste. El Tribunal conoce en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de amparo (art. 202 inc. 2 de la Constitución). El fallo del Tribunal que estime o deniegue la pretensión del actor AGOTA LA JURISDICCIÓN INTERNA.

15. MEDIDA CAUTELAR EN EL AMPARO

Conforme con lo prescrito por el Art. 15 del Código Procesal Constitucional, (modificado por Ley 28946), el juez puede conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio. Es decir en cualquier etapa del proceso, puede disponer la suspensión del acto que dio origen al reclamo a pedido de parte, por cuenta y riesgo del solicitante y siempre que sea evidente la apariencia del derecho, el peligro en la demora, y que el pedido cautelar, sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión.

Esta medida cautelar o precautelatorio tiene por finalidad asegurar el cumplimiento y eficiencia de la futura resolución judicial que ponga fin al proceso. Se caracteriza por ser instrumental, provisional, por dar respuesta a necesidades urgentes y evitar el riesgo de daño irreparable como consecuencia de la demora o la conducta de las partes.

En los últimos años ha tenido considerable auge, en la llamada Justicia Constitucional, la medida cautelar innovativa que permite modificar el estado material (situación real) que rodea el proceso y tiende a alterar el estado de hecho y de derecho existente antes de su petición.

Esta medida exige como presupuestos la verosimilitud o apariencia del derecho invocado (*fumus bonis iuris*); el peligro en la demora (*periculum in mora*) y el examen de adecuación de la petición cautelar. En general se requiere que la situación sea presentada de tal manera que el juzgador considere que, de no conceder la medida cautelar, se producirá un daño o perjuicio que no tendrá forma de resarcirse. La medida de suspensión no implica la ejecución de lo que es el fondo mismo del proceso de Amparo.

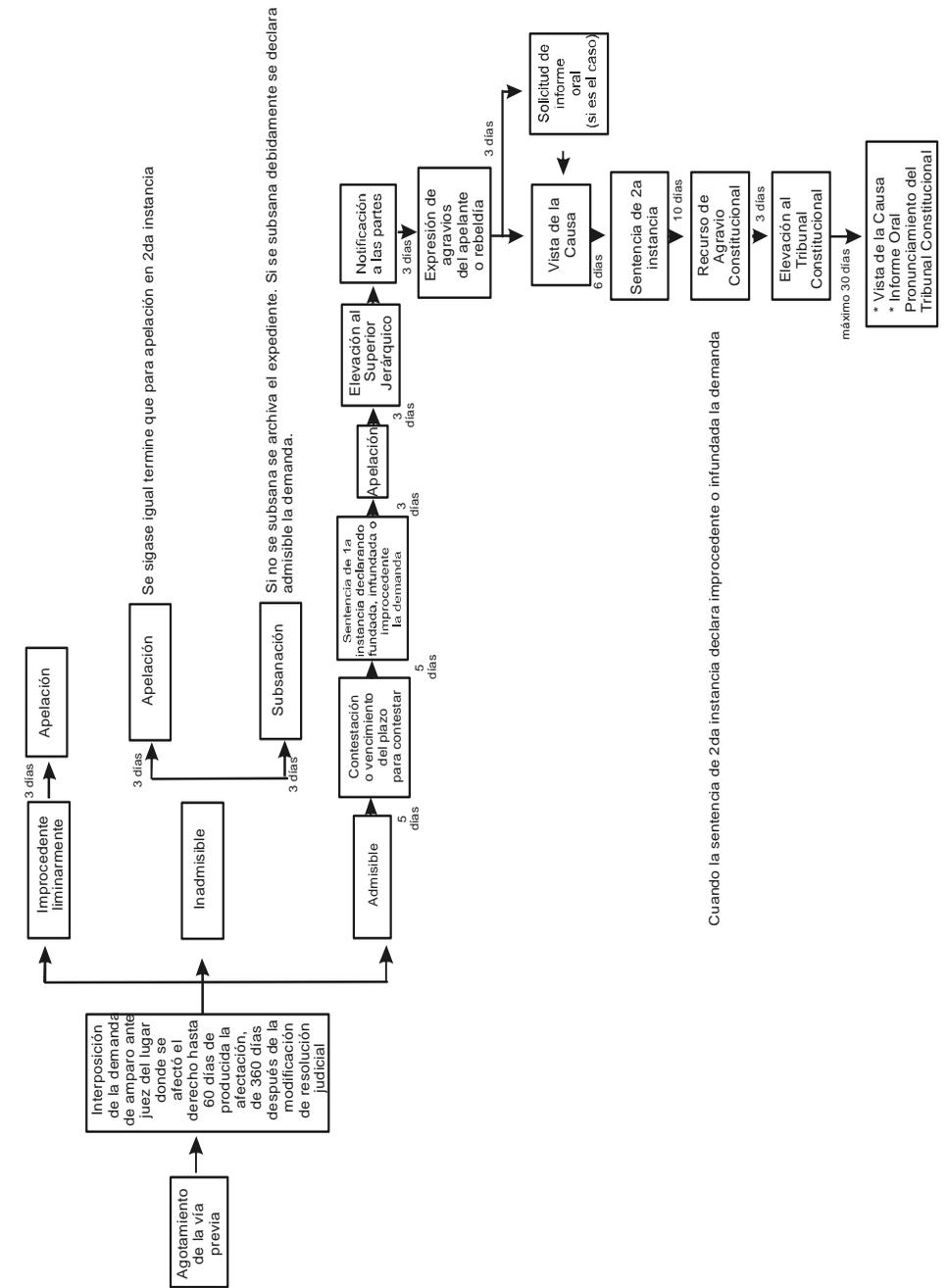
Se dicta la medida cautelar sin conocimiento de la otra parte y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo. Se ha eliminado, acertadamente, el traslado por un día y la intervención del Ministerio Público, salvo en el caso de solicitud de medidas cautelares que tengan por objeto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional.

- Solicitud de Medida Cautelar para dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, luego de admitida se corre traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la da por admitida; tramitando el incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad.
- Es de aplicación supletoria lo dispuesto por el Título IV (Proceso Cautelar) de la sección quinta (Procesos Contenciosos) del Código Procesal Civil, con excepción de los arts. 618 (Medida anticipada), 621(Sanciones por medida cautelar innecesaria), 630 (Cancelación de la medida cautelar), 636 (Medida fuera del proceso), y 642 al 672 (Medida para futura ejecución forzada).

NOTA:

El 24 de diciembre de 2010, se publicó la Ley 29639, que no modifica artículo expreso del Código, sino que **regula el otorgamiento de medidas cautelares referidas al uso, explotación y aprovechamiento de recursos hidrobiológicos.**

FLUJOGRAMA DEL TRÁMITE DEL PROCESO DE AMPARO



FLUJOGRAMA DEL TRÁMITE DEL PROCESO DE AMPARO CON EXCEPCIONES

