

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES (DERECHOS FUNDAMENTALES) EN EL DERECHO COMPARADO. ALGUNAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS

I. NOTA INTRODUCTORIA

En opinión de Covián Andrade, el estudio comparado de los sistemas de control de constitucionalidad representa un esfuerzo de investigación arduo y fecundo. El objetivo de cualquier sistema de control es siempre el mismo: verificar la constitucionalidad de los actos provenientes de los poderes públicos y en caso de constatar que ésta no existe, destruir los efectos del acto contrario a la Constitución.¹

Lo que difiere entonces, de un sistema a otro, son los medios que cada uno emplea para lograr sus finalidades.

Los Estados constitucionales son aquellos que se fundamentan en el principio esencial de la regulación jurídica del poder político. Desde hace varios siglos la historia de las ideas políticas puede describirse en términos de una lucha entre detentadores del poder y destinatarios de él, en la que los segundos pretenden limitar objetivamente el ejercicio *du pouvoir politique* del que los primeros se han adueñado. Más de doscientos años han transcurrido desde el momento en que esa lucha interminable rindió sus primeros frutos.²

¹ Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, México, 2001, p. I.

² *Ibidem*, p. I.

En el Estado constitucional los conceptos –y las acciones que les son correlativas– de Constitución y poder político están indisolublemente ligados. La Constitución organiza, norma y delimita al poder público con fundamento en los principios de supremacía constitucional y legalidad. El poder sometido a la ley, y particularmente a la ley suprema, es la esencia del Estado constitucional de derecho.³

II. LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO COMPARADO

En esta parte abordaremos la interpretación de los principios en el derecho comparado; sobre valores supremos, como el derecho a la vida, la libertad, la intimidad, la salud, la libertad de expresión, etcétera, reflejados en las sentencias y la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales o quienes ejercen la interpretación terminal de la Constitución.

Los medios de defensa de la Constitución, según el derecho comparado, son diversos. Por una parte, tenemos el control difuso, vía de excepción o americano, y el control concentrado o austriaco. En el control difuso, la defensa de la Constitución se lleva a cabo por todos los tribunales, sin que exista un tribunal especializado, llamado tribunal o corte constitucional, como ocurre en el sistema de control concentrado.⁴

III. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Acorde con la opinión dominante, resultan expresiones jurídicas de cierta vaguedad e imprecisión que no pueden concretarse en un concepto cerrado, más bien obedecen a esa parte del lenguaje “abierto” de la Constitución; empero, cuando hablamos de derechos fundamentales, es preciso delimitar a qué nos estamos refiriendo. En opinión de Miguel Carbonell, en términos generales puede decirse que los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección a los intereses

³ *Ibidem*, p. I.

⁴ Martínez Sánchez, Francisco, *La jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad de leyes, su aplicación erga omnes*, Porrúa, México, 2002, p. 44.

más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna, y siguiendo a Ernesto Garzón Valdés, se puede entender por bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral.⁵

Todo derecho fundamental está recogido en una “disposición de derecho fundamental”; una disposición de este tipo es un enunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que tipifican un derecho fundamental. Para decirlo en otras palabras, la disposición es un texto normativo que aún no ha sido dotado de sentido, que todavía no ha sido interpretado; mientras que la norma sería el resultado de la interpretación del texto, que nos permitiría saber cuáles conductas están ordenadas, prohibidas o permitidas.⁶

En términos generales, podemos decir que a partir de una norma de derecho fundamental se crea una relación jurídica compuesta por tres elementos: un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto de la relación. La calidad de los sujetos vendrá dada, de una parte, por la titularidad de derechos que asigne una norma; así por ejemplo, podrá ser sujeto activo del derecho a la educación toda persona, pero solamente lo sería del derecho al voto quien sea mayor de dieciocho años y además posea la ciudadanía del Estado en el que reside habitualmente.

IV. UNA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La clasificación que Ferrajoli considera más importante entre los derechos fundamentales se basa en la distinción entre los diversos tipos de comportamiento que constituyen el objeto de los derechos fundamentales. En la terminología de este autor, podemos distinguir entre derechos *primarios*, que protegen sólo expectativas, y derechos *secundarios*, que protegen expectativas y poderes. Los derechos primarios, según protejan expectativas de omisión de interferencia de los demás, o bien expectativas de prestaciones por parte de otros,

⁵ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Porrúa, México, 2005, p. 5.

⁶ *Ibidem*, p. 11.

dan lugar respectivamente a los derechos de libertad y a los derechos sociales. Los primeros son derechos negativos o de inmunidad entre los cuales se puede distinguir todavía “las simples *libertades de*, como derecho a la vida y la libertad personal, y *libertades para* (además de *libertades de*) como la libertad de prensa, de asociación y de reunión”. Los segundos son derechos como el derecho a la salud, educación o seguridad social. Los derechos secundarios consisten en los derechos de autonomía privada –los derechos civiles– y en los derechos de autonomía política –los derechos políticos– de los que el derecho al voto es el más característico.⁷

V. LA APORTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA GENERALIZACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Cuando un juez constitucional decide sobre un recurso evalúa –en verdad– un caso particular, es decir, asegura la protección del derecho concreto del demandante; pero al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede actuar como precedente, esto es, orienta los comportamientos futuros tanto del mismo juez constitucional como de los jueces ordinarios.⁸

De hecho se suele considerar que el juez constitucional no sólo es intérprete y juez, sino también creador de normas jurídicas. Dicha condición se determina, en los casos de tutela indirecta de los derechos, bien reconociéndoles a las decisiones el valor vinculante del precedente, o bien extendiendo progresivamente la naturaleza vinculante de la parte dispositiva a la entera decisión, de manera que también los significados normativos contenidos en las *rationes decidendi* se convierten en obligatorios. Se considera, por ejemplo, el artículo 164.1 de la Constitución española, según el cual las sentencias del Tribunal constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley tiene plenos efectos frente

⁷ Moreso, Juan José, “Sobre los conflictos entre derechos”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Ed. Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), Madrid, 2005, p. 161.

⁸ Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales. Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002, p. 156.

a todos; pero sobre todo, el artículo 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal constitucional, según el cual:

La jurisprudencia de los tribunales de justicia que, recaída sobre las leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el tribunal constitucional, habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelven los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

Por su parte, en los casos en que los tribunales constitucionales ejercen una defensa directa y plena de los derechos de la persona, su posición dentro del sistema de poderes y de relaciones con el ordenamiento judicial adquiere una particular caracterización; de hecho sus pronunciamientos en tema de derechos adquieren una eficacia general y una fuerza sustancial como precedente en las de los jueces comunes.

En cierto sentido, puede afirmarse que el derecho vivo está constituido no tanto por las disposiciones abstractas codificadas en los catálogos de las cartas constitucionales, como por las normas concretas que se deriven de la interpretación y de la aplicación concreta que los jueces constitucionales han dispuesto de dichas disposiciones.

VI. LOS DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN

En el ámbito internacional se ha desarrollado lo que se denomina la “tercera generación” de derechos humanos, los denominados derechos de los pueblos, derechos solidarios o derechos colectivos de toda la humanidad, entre los cuales se encuentra el derecho a un medio ambiente sano o libre de contaminación, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, los cuales se han ido desarrollando en el último tercio del siglo XX.⁹

VII. LA LIBERTAD DE TRABAJO

Los derechos a la libertad de movimiento implican, bajo uno de sus aspectos, la libertad de trabajo, y bajo otro, implican también los derechos a la libertad de cambiar y de contratar.¹⁰

⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 8.

¹⁰ Spencer, Herbert, *La justicia*, trad. Pedro Forcadell, Ed. Heliasta, Argentina, 1978, p. 111.

VIII. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CREENCIAS Y A LA LIBERTAD DE CULTOS

El derecho que aquí debe ocuparnos, es el de profesar una creencia, derecho que es un corolario del derecho a la libertad igual para todos. El hecho para una persona cualquiera de profesar una creencia, no implica atentado alguno a la profesión de las creencias de los demás.¹¹

El derecho de profesar una creencia religiosa tiene por derecho concomitante el de manifestar su creencia por los actos del culto, cuando pueden realizarse sin infracción de los derechos de los demás hombres y sin infracción del desenvolvimiento de sus ideas. La justicia se opone a toda intervención, mientras los creyentes no perturben a sus vecinos, como ocurre con los toques de las campanas intempestivos y prolongados en algunos países católicos y con las ruidosas procesiones del ejército de salud, que por una vergonzosa debilidad se tolera aún. Las personas que profesan creencias religiosas diferentes a las de la mayoría, así como de las que no profesan ninguna, deben tener libertad de tomar parte en el culto que tengan por conveniente, o bien de no tomar parte en ninguna.¹²

La libertad religiosa abarca tres aspectos: la libertad de conciencia o pensamiento, la libertad de cultos y la libertad de expresión religiosa.¹³

En cierto modo, la libertad de conciencia y pensamiento, en tanto no se exteriorizan, quedan fuera de la órbita del derecho. No obstante, está dentro del ámbito de la protección constitucional el derecho a no ser obligado a exteriorizar sus creencias religiosas.

La libertad religiosa implica como presupuesto básico que nadie puede ser obligado a obrar contra sus creencias religiosas. Inversamente el Estado no puede prohibir que las personas actúen de acuerdo con sus convicciones religiosas en tanto estas acciones no perjudiquen a terceros.¹⁴

¹¹ Spencer, Herbert, *La Justicia*, op. cit., p. 115.

¹² *Ibidem*, p. 116.

¹³ Colautti, Carlos E., *Derechos humanos constitucionales*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1999, p. 125.

¹⁴ *Ibidem*, p. 125.

IX. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión es una de las condiciones esenciales de cualquier régimen democrático; en otras palabras, la libertad de expresión es condición necesaria (aunque no suficiente, desde luego) para que se pueda considerar que en un determinado país hay democracia.¹⁵

La posibilidad de que todas las personas participen en las discusiones públicas es uno de los bienes más preciados para una sociedad y constituye el presupuesto necesario para la construcción de una "racionalidad discursiva" (Habermas), que permita la generación de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero que también constituya un cauce para la expresión de los disensos, que en democracia son tan naturales (y necesarios), como los acuerdos.¹⁶

Respecto a la institución de la opinión pública, el Tribunal constitucional español sostuvo en una de sus primeras sentencias que sin una comunicación pública libre "quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra", reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (sentencia 6/1981).¹⁷

En otro pronunciamiento, el mismo tribunal califica a la opinión pública como una institución política esencial, "indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático" (sentencia 12/1982).

El juez William Brennan —uno de los jueces más brillantes de toda la historia de la Corte Suprema norteamericana y uno de los mejores defensores de la libertad de expresión— supo avanzar una significativa reflexión al respecto. Sostuvo:¹⁸

Los métodos convencionales de petición pueden ser, como suelen serlo, inaccesibles para grupos muy amplios de ciudadanos. Aquellos que no controlan

¹⁵ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 372.

¹⁶ *Ibidem*, p. 371.

¹⁷ *Ibidem*, p. 372.

¹⁸ Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta, el primer derecho*, Ed. Ad-hoc, Argentina, 2005, pp. 30 y 31.

la televisión o la radio, aquellos que no tienen la capacidad económica para (expresar sus ideas) a través de los periódicos o hacer circular elaborados panfletos, pueden llegar a tener un acceso muy limitado a los funcionarios públicos.

Este dato, nos enseñaba Brennan —debía ser tenido muy en cuenta por la justicia, a la hora de fundar sus decisiones—. Notablemente, el juez de la Corte sostenía esta opinión en defensa de un grupo de manifestantes que, justamente, eran acusados por haber bloqueado el tránsito vehicular en la ciudad.

X. EL DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud (o su protección) es uno de los derechos sociales por antonomasia. Se trata de un derecho complejo que se despliega en una amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado; se puede decir en este momento que el derecho a la salud tiene un carácter prestacional en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones positivas (de hacer) por parte de los poderes públicos. Por ejemplo, a partir del derecho a la salud, corresponde al Estado asegurar la asistencia médica una vez que la salud, por la causa que sea, ha sido afectada; esto es lo que se llama “el derecho a la atención o asistencia sanitaria”.¹⁹

También el derecho a la salud genera, como sucede con todos los derechos sociales, la obligación del Estado de preservar el bien jurídico protegido por la Constitución, es decir, la salud; tal protección supone la obligación del Estado de abstenerse de dañar la salud, que es una obligación negativa; de la misma manera, hace nacer la obligación —positiva— de evitar que particulares, grupos o empresas la dañen.²⁰

El derecho a la salud como un derecho fundamental, tiene al menos las siguientes tres características:²¹

La universalidad; derivada conceptualmente del carácter de derecho fundamental de la protección a la salud, es recogida también normativamente

¹⁹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 813.

²⁰ *Ibidem*, p. 814.

²¹ *Ibidem*, p. 815.

por vía directa del texto constitucional, al designar como sujeto de derecho a “toda persona”.²²

La equidad, implica que los servicios sanitarios públicos sean financiados principalmente por impuestos y no por el pago de cuotas de los usuarios, salvo de aquellos que tengan capacidad económica suficiente.²³

Finalmente, la calidad es un requisito tanto de la existencia misma del sistema comprendido globalmente (puesto que no sirve de nada un sistema sanitario que opere en pésimas condiciones de calidad, lo que puede llevar incluso no a la protección de la salud, sino como seguridad a su empeoramiento), como un elemento para alcanzar un mínimo de igualdad entre quienes tienen acceso a servicios públicos de salud y de quienes lo hacen a servicios privados.²⁴

XI. EL DERECHO A LA SALUD Y A LAS PRESTACIONES DE SALUD

El “derecho a la salud” admite dos aspectos diferentes. El primero hace referencia a que la salud es un bien jurídico privado que integra la esfera íntima del sujeto. Como tal, el derecho a la salud constituye un derecho negativo, en el sentido de que impide que alguien pueda avasallar, salvo con el consentimiento de su titular o una causa legitimada por el ordenamiento jurídico. La violación de ese derecho a la salud da lugar a la tutela preventiva y resarcitoria. El segundo aspecto es mal llamado “derecho a la salud”, ya que en realidad se trata de un derecho a prestaciones de salud; a diferencia del anterior es una pretensión positiva contra el Estado o aquellos a quienes éste ha encomendado el cumplimiento.²⁵

El principal problema en este segundo aspecto consiste en dilucidar el contenido y la extensión de la pretensión positiva. Naturalmente, no significa que algún sujeto tenga un derecho a la salud en sentido literal, puesto que ella es algo que no puede perseguirse de modo absoluto, dado que todos los humanos mueren. La pretensión en grado absoluto es incompatible con la naturaleza humana, por lo menos actual.²⁶

²² *Ibidem*, p. 815.

²³ *Ibidem*, p. 815.

²⁴ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 816.

²⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina 1997, p. 131.

²⁶ *Ibidem*, p. 132.

La salud, siendo un objetivo relativo, admite numerosos grados en los que tienen una gran participación el individuo, la sociedad, el Estado. En consecuencia, el ordenamiento jurídico define la extensión del derecho a la salud, en cada caso, en relación con lo que el sujeto obligado puede dar. En cuanto a la extensión, el derecho no obliga al Estado a evitar la muerte ni a lograr el completo bienestar sino a dar prestaciones de salud integrales, igualitarias, humanitarias conforme a la ciencia médica vigente, tendentes a la curación del sujeto.²⁷

En este sentido el Estado no tiene obligación de curar y de lograr la salud pero sí de dar prestaciones médicas. Así, el Estado puede delegar esta función.

XII. LA SALUD COMO PRINCIPIO JURÍDICO: EFECTOS

La salud es un principio jurídico. Las diversas normas que lo mencionan, lo hacen como algo inacabado, como un objetivo a alcanzar, como una optimización de la conducta humana que regulan.²⁸

La salud no es una garantía de no enfermar. Cuando se trata a la salud como principio jurídico, vemos en qué medida es una aspiración a no enfermar, a mantener la integridad psíquico-física del sujeto. En un nivel fáctico, este objetivo depende del grado de desarrollo de la ciencia médica, de la conducta de los pacientes, de la organización de la prestación médica y de decisiones políticas del Estado. Nada de ello se relaciona directamente con el principio jurídico. La salud como mandato de optimización se relaciona con la norma jurídica y no con el nivel material de realización.²⁹

XIII. LA SALUD COMO OBJETIVO NORMATIVO

La salud como objetivo normativo tiene funciones que son las que poseen todos los principios jurídicos, pero especificadas en relación con este caso particular. En este sentido cabe destacar las siguientes:³⁰

²⁷ *Ibidem*, p. 132.

²⁸ *Ibidem*, p. 135.

²⁹ *Ibidem*, p. 135.

³⁰ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, op. cit., pp. 135 y 136.

- *Función integrativa*: el principio es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento. Cuando en el contrato médico existe un contenido implícito, no declarado por las partes, el mismo debe ser integrado. De acuerdo con el principio que venimos estudiando, las conductas no expresas, los contenidos no dispuestos, deben ser integrados conforme a la búsqueda de la salud como principio.
- *Función interpretativa*: el principio ayuda a orientarse en la interpretación correcta, adecuándola a los valores fundamentales. En el contrato médico esta función es decisiva frente a cláusulas ambiguas que pueden desnaturalizar la búsqueda de la salud.
- *Función finalística*: permite orientar la interpretación hacia fines más amplios, de política legislativa. En las obligaciones que se suelen calificar como de medios, la existencia de un principio como mandato de optimización ordena a las partes comportarse en el sentido de la búsqueda de la curación, aunque no se logre.
- *Función delimitativa*: el principio pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial. Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del derecho, los principios jurídicos constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores, a las bruscas oscilaciones de las reglas. En el caso de la salud, suele haber colisiones entre disposiciones contractuales orientadas comercialmente y otras guiadas por la satisfacción de la salud; esa colisión puede ser resuelta en el sentido indicado por el principio, en el grado que lo permita.
- *Función fundante*: ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas. Muchos casos derivan de "la salud" decisiones prácticas, concretizando el principio.

XIV. LA IGUALDAD

En el estado actual del derecho a la vida en plenitud supone la igualdad, la libertad, y la dignidad. Éstos son los fundamentos básicos sobre los que se construye la convivencia de la sociedad y los ordenamientos jurídicos. El concepto de igualdad fue una de las ideas-

fuerza de la Revolución Francesa y desde ahí se expandió por todo occidente. Podemos advertir que en un primer momento el concepto de igualdad se circunscribió a la igualdad ante la ley. Sólo después de la Segunda Guerra Mundial el concepto comenzó a implicar la igualdad de oportunidades que presupone acciones positivas por parte del Estado, hoy el nuevo nombre de la igualdad, es la no discriminación.³¹

La idea de la igualdad sustancial parte de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria. Podríamos suponer que los hombres y las mujeres son, en principio, iguales para el efecto de su tratamiento por la ley, pero si acudimos a las estadísticas comprobaremos que esa igualdad jurídica se materializa en severas desigualdades fácticas, lo cual significa, por ejemplo, que las mujeres están relegadas en muchos ámbitos, no porque la ley les prohíba ingresar en ellos, sino porque las normas de convivencia social y muchos prejuicios se los impiden.³²

XV. DESIGUALDAD Y TRATO DISCRIMINATORIO

Los distingos son inconstitucionales cuando son arbitrarios, y son arbitrarios cuando son discriminatorios. ¿Cuándo hay discriminación?

Uno de los criterios para distinguir la discriminación es el fundamento de la desigualdad: si se basa en el sexo, la religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, raza, posición económica o caracteres físicos. Otro es comparar la situación con otra alternativa. Se ha señalado que hay una igualdad esencial si, y sólo si, un tratamiento desigual fuera arbitrario.³³

Por esta razón, la regla de la igualdad se puede formular en términos negativos: es la prohibición contra un trato arbitrario. Se conforma así una norma fundamental de función delimitativa de las distinciones legítimas en el ordenamiento jurídico.³⁴

³¹ Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta, el primer derecho*, op. cit., p. 19.

³² Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 263.

³³ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, op. cit., p. 159.

³⁴ *Ibidem*, p. 159.

Cualquier distingo que se establezca debe demostrar que hay una razón suficiente para establecerlo y que no importa un trato discriminatorio.³⁵

XVI. EL DERECHO A LA VIDA

Hay valores jurídicos que no necesariamente se corresponden con uno o más derechos, no obstante lo cual la Constitución está en condición de depararles protección porque siempre y en general —como principio— los valores jurídicos guardan alguna relación, aunque sea mediata y remota con los derechos.

La vida humana es uno de esos valores que necesita desde su inicio la protección constitucional.

Es posible admitir, sin incurrir en contradicción o en falta de racionalidad, que en una breve etapa primeriza de la vida humana en gestación el ser vivo no es todavía una persona y, por ende, no titulariza un “derecho” a la vida; pero aun así su vida como valor debe disfrutar de plena tutela constitucional, pues hay relación suficiente con el futuro “derecho” a la vida que titularizará ese ser cuando, persiguiendo su desarrollo naturalmente biológico, alcance la entidad ontológica y jurídica de su personalidad (o sea, cuando sea persona); a partir de allí, coincidirán la vida humana como valor y el derecho a la vida de la persona por nacer.³⁶

El derecho a la vida será ontológicamente tal cuando haya un ser cuya individuación dé origen a una persona susceptible de ser sujeto activo titular de tal derecho, con lo que dejamos en claro que el deber jurídico de proteger la vida es capaz de adelantarse temporalmente al derecho a la vida, desde que en la vida hay un valor aunque a veces no quepa detectar un derecho.³⁷

XVII. LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD

Concepto. La Declaración de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948, art. 12) expresa: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia,

³⁵ *Ibidem*, p. 159.

³⁶ Bidart Campos, Germán, *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*, Ed. Ediar, Argentina, 1999, pp. 78 y 79.

³⁷ *Ibidem*, p. 82.

su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (art. 11, incs. 2o. y 3o.) dispone que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a la honra o reputación. El artículo 1071 bis del Código Civil dice que viola la intimidad "el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad".³⁸

XVIII. EL DERECHO A SER DIFERENTE

Con los fundamentos dados, el derecho a ser diferente es una especie de los derechos fundamentales. Se ubica en la esfera íntima de la persona, en tanto es un ámbito donde hay libertad para obrar, sin posibilidad de censura. No es posible su invocación cuando esta diferencia afecta a terceros, ya que ingresamos en el ámbito de la esfera privada, en el que rigen otros principios.³⁹

El derecho a ser diferente importa entonces la posibilidad de autodefinir la vida íntima conforme a los criterios del titular. No hay parámetros externos, no hay estándares homogéneos, es el titular quien puede definir cómo vive y asumir las consecuencias que ello tiene para su propia vida.⁴⁰

Este derecho a la autorregulación de la vida íntima le confiere al titular una imagen propia, una identidad.⁴¹

XIX. ALEMANIA

XX. INSTITUCIONES POLÍTICAS DEL ESTADO ALEMÁN

Los órganos federales alemanes son los siguientes:

1. Der Bundespräsident.
El presidente de la federación.

³⁸ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, op. cit., p. 231.

³⁹ *Ibidem*, p. 252.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 253.

⁴¹ *Ibidem*, p. 253.

2. Die Bundesregierung
El Gobierno Federal.
3. Der Bundestag
La Cámara de Representantes federal.
4. Der Bundesrat
La Cámara de Representantes de los Lander o Consejo Federal.
5. Die Oberste Gerichtshofe
Las Altas Cortes Federales.
6. Das Bundesverfassungsgericht
El Tribunal constitucional federal.⁴²

XXI. DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

El Tribunal constitucional federal alemán es tal vez la institución más importante del Estado. Tiene su razón de ser esencial en la expresión de voluntad que estructura políticamente al Estado como un *Rechtsstaat* (Estado de derecho). Siendo *das Grundgesetz* (Ley Fundamental) un conjunto de normas superiores, constituye la base jurídica vinculante de la vida política y social. Todos los órganos del Estado, federales y locales, así como sus titulares están sometidos a ella. Cada uno de los actos de estos órganos debe respetar sus términos y no contradecirla.⁴³

La Constitución de 1949 establece una jurisdicción especial y exclusiva, para los casos en que ese Estado de constitucionalidad se ve amenazado por el ejercicio anticonstitucional del poder político. Esa jurisdicción constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) compete al *Bundesverfassungsgericht*. Este órgano, sito en *Karlsruhe*, tiene como misión fundamental la vigilancia del respeto y de la observancia de la Constitución.

Este tribunal representa el medio más importante para lograr *der Schutz der Verfassung* (la defensa de la Constitución). El concepto de protección o defensa de la ley fundamental, ampliamente explorado y desarrollado en la teoría constitucional alemana, tiene una clara

⁴² Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit., p. 114.

⁴³ *Ibidem*, p. 120.

aplicación en la *Grundgesetz* de Bonn. La protección de la Constitución puede intentarse a través de diversos medios jurídico-políticos.⁴⁴

XXII. ESTATUS JURÍDICO CONSTITUCIONAL, CONSTITUCIÓN Y ELECCIÓN (DOS SALAS)

El Tribunal constitucional federal es, según el artículo 1 de la Ley del Tribunal constitucional federal, un tribunal de la federación autónomo e independiente frente a todos los restantes órganos constitucionales. Hasta qué punto es autónomo, se muestra, entre otras cosas, en que la posición jurídica de sus jueces está regulada separadamente de la de los restantes jueces y en que tienen un presupuesto individual autónomo en el presupuesto de la federación.⁴⁵

La composición del Tribunal constitucional federal resulta del artículo 94 de la Ley Fundamental y de la Ley del Tribunal constitucional federal. El Tribunal constitucional federal se divide, conforme a ello, en dos salas, cada una de ellas con ocho miembros, se le designa gratamente como "Tribunal gemelo", porque las dos salas coexisten con igualdad de rango e independencia. Tres jueces de cada sala son elegidos de entre los jueces de los tribunales supremos de la federación (por ejemplo, del Tribunal Federal o del Tribunal Federal Social).⁴⁶

La duración del mandato de los jueces es de doce años quedando excluida la reelección. Todos los jueces constitucionales federales deben haber cumplido los cuarenta años. No pueden compatibilizar su actividad judicial con ninguna otra actividad profesional que la de profesor de derecho en una universidad alemana, compatibilidad ésta que expresa una vinculación afortunada de la ciencia del derecho constitucional y la jurisprudencia constitucional, y también es utilizada en cuanto que algunos jueces del Tribunal constitucional federal eran antes catedráticos y han seguido siéndolos.⁴⁷

En primer lugar nos referiremos a la interpretación efectuada por el Tribunal constitucional federal alemán acerca de tres derechos

⁴⁴ Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit., p. 120.

⁴⁵ Häberle, Peter, *El Tribunal constitucional como tribunal ciudadano. El Recurso constitucional de Amparo*, trad. de Joaquín Brage Camazano, Fudap, México, 2005, p. 54.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 55.

⁴⁷ *Idem*.

fundamentales, realizada en igual número de fallos, en este caso, la libertad de opinión (equivalente a la libertad de expresión en nuestro derecho), la libertad artística y sobre el recurso de amparo.

Me parece que una importante labor del Tribunal alemán ha sido la tendencia de que la función jurisdiccional constitucional no solamente debe propender a ejercer una función restrictiva y reguladora de la actividad legislativa, sino la de amalgamar los derechos fundamentales y vincularlos al proceso de transformación social.

XXIII. SENTENCIA SOBRE LA LIBERTAD DE OPINIÓN (EXPRESIÓN)⁴⁸

1. Pretensión de la parte inconforme

El respeto a su derecho sobre la libertad de opinión.

2. Argumentos en juego

Un tribunal estatal prohibió al recurrente la emisión de expresiones con las cuales pudiera influir sobre otros para unirse a su opinión y abstenerse de asistir a la proyección de una película en donde aparecía un determinado productor (Harlan). La finalidad era inhibir la asistencia a la proyección de ver películas. El Tribunal estatal había declarado que la invitación era ilegal y fundamentó su sentencia en el hecho de que las expresiones del recurrente, de conformidad con el 826BGB, se consideraban como *una actuación indebida en contra de la demandante, y les reconoció a éstas, con base en la disposición del Código Civil, un derecho a que cesaran las opiniones del demandado*.

La sentencia del Tribunal Estatal se estimó restrictiva de la libertad de opinión del recurrente. Se determinó que la misma podía violar el derecho fundamental del recurrente, consagrado en el artículo 5, número 1, frase 1 LF, sólo cuando el contenido de las disposiciones

⁴⁸ Schawe Jurgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán*, trad. Marcela Anzola Gil, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, Colombia, 2003, pp. 132-137. Esta sentencia y las subsecuentes sobre diversos casos resueltos por la Corte Suprema norteamericana, se tomaron de la obra en cita, para ser adecuadas a la estructura necesaria para su análisis.

civiles aplicadas, se encuentra influenciado por los derechos fundamentales, de modo tal que no requerían ser invocados en la sentencia.

3. Objeto de análisis

Si en este caso, las normas de derecho civil en las cuales se fundamentó el tribunal inferior para ordenar el cese de las invitaciones del recurrente, estaban acordes con la Ley Fundamental alemana.

4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que, como decisión constitucional fundamental, es válida para todas las esferas del derecho.
2. En el derecho civil se desarrolla indirectamente el contenido legal de los derechos fundamentales a través de las disposiciones de derecho privado. Incluye disposiciones de carácter coercitivo, que son realizables de manera especial por los jueces mediante las cláusulas generales.
3. El juez civil puede violar con su sentencia derechos fundamentales cuando desconoce los efectos de los derechos fundamentales en el derecho civil. El Tribunal constitucional federal examina las sentencias de los tribunales civiles sólo por violaciones a los derechos fundamentales, pero no de manera general por errores de derechos.
4. Las disposiciones de derecho civil también pueden ser “las leyes generales” en el sentido del artículo 5, núm. 2, de la Ley Fundamental, y pueden limitar los derechos fundamentales a la libertad de opinión.
5. Las “leyes generales” para el Estado democrático libre, deben ser interpretadas a la luz del especial significado del derecho fundamental de la libertad de opinión.
6. El derecho fundamental del artículo 5 de la Ley Fundamental protege no sólo la expresión de una opinión como tal, sino

también los efectos espirituales que se producen a través de la expresión de una opinión.

7. La expresión de una opinión, que contiene un llamado a un boicot, no viola necesariamente las buenas costumbres en el sentido del 826 BGB; puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de opinión *al ponderar* todas las circunstancias del caso.

XXIV. SENTENCIA SOBRE LA LIBERTAD ARTÍSTICA⁴⁹

1. Pretensión de la parte inconforme

Su respeto a la libertad artística consagrada en la Constitución federal alemana.

2. Argumentos en juego

El recurso de amparo promovido se dirigió en contra de una prohibición obtenida por el hijo adoptivo y único heredero del actor y director artístico, Gustaf Gründgens, para no reproducir, distribuir ni publicar el libro *Mephisto Roman einer Karriere*, del autor Klaus Mann.

El autor, quien en 1933 había abandonado Alemania, publicó la novela en 1936 en la Editorial Querido, en Amsterdam. Luego de su muerte en 1946, la novela se publicó en la Editorial Aufbauverlag, en 1956, en Berlín Oriental.

La novela describe el ascenso del talentoso actor Hendrik Höfgen, quien se desdice de sus convicciones políticas y abandona todo vínculo humano y ético, para, en un pacto con los detentadores del poder en la Alemania nacionalsocialista, hacer una carrera artística. La novela presenta los presupuestos síquicos, espirituales y sociológicos, que hicieron posible ese ascenso; el actor Gustaf Gründgen sirvió como modelo para dar figura a Hendrik Höfgen.

El artículo 5, núm. 3, frase 1, de la Ley Fundamental, declara el arte, junto a la ciencia, la investigación y la enseñanza, como libre.

⁴⁹ El extracto de la sentencia fue tomado de la obra de Schawe Jurgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal constitucional federal alemán*, trad. Marcela Anzola Gil, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, Colombia, 2003, pp. 174-177.

Con esta garantía de la libertad contempla el artículo 5, núm. 3, frase 1, de la Ley Fundamental, en redacción y contenido, en principio, una norma de principios, objetiva, que reglamenta directamente la relación del campo artístico con el Estado. Del mismo modo, la disposición le garantiza el derecho a la libertad a todo aquel que ejerza su actividad en este campo.

El ámbito de la vida “artística” se debe determinar a través de sus características estructurales propias, marcadas por la esencia.

3. Objeto de análisis

La decisión sobre si los tribunales en el caso que llevaron a cabo, entre la esfera de la personalidad del fallecido Gustaf Gründgen y de su hijo adoptivo, en realidad ponderaron el contenido de la libertad artística protegida mediante el artículo 1, núm. 1, de la Ley Fundamental.

4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. El artículo 5, núm. 3, frase 1, de la Ley Fundamental, es una norma de principios, que regula las relaciones del ámbito artístico en el Estado y garantiza, además, una libertad individual.
2. La garantía de la libertad artística concierne no sólo a la actividad artística, sino también a la presentación y difusión de las obras de arte.
3. Un editor puede invocar igualmente el derecho a la libertad artística.
4. Para la libertad artística no son válidas las restricciones del artículo 5, núm. 2, de la Ley Fundamental, ni las del artículo 2, núm. 1, de la Ley Fundamental.
5. Un conflicto entre la garantía de la libertad artística y la esfera de la personalidad protegida constitucionalmente, se debe solucionar de acuerdo con los criterios del orden de valores de los derechos fundamentales; en este contexto se debe tener en cuenta de manera especial la dignidad humana, garantizada en el artículo 1, núm. 1, de la Ley Fundamental.

XXV. SENTENCIA SOBRE EL RECURSO DE AMPARO⁵⁰

1. Pretensión de la parte inconforme

La protección del derecho fundamental a la libertad de fijar domicilio y residencia de los extranjeros dentro del territorio federal alemán, al igual que los ciudadanos de ese país, y el principio de proporcionalidad.

2. Argumentos en juego

La posibilidad de restringir la permanencia de ciertos extranjeros (árabes) en el territorio alemán, y el derecho de expulsión de las autoridades alemanas, frente al derecho del domicilio de los extranjeros.

3. Objeto de análisis

La protección del derecho fundamental de los extranjeros en el caso de la ejecución inmediata de una orden de expulsión y su examen en el proceso.

4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. El artículo 10, núm. 1, de la Ley de extranjería no viola el principio del Estado de Derecho.
2. La protección jurídica garantizada en el artículo 19, núm. 4, de la Ley Fundamental, se aplica plenamente a los extranjeros.
3. En lo que respecta a la garantía de la protección jurídica de la Ley Fundamental, los requisitos para la ejecución inmediata de las órdenes de expulsión, por interés público, no pueden ser menos estrictos que los requisitos que sirven para motivar la expulsión misma; más aún, debe existir un interés público especial de que se lleve a cabo una ejecución inmediata.

⁵⁰ El extracto de la sentencia fue tomado de la obra de Schawe Jurgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal constitucional federal alemán*, trad. Marcela Anzola Gil, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, Colombia, 2003, pp. 339-342.

4. En el caso de la ponderación ordenada entre el interés público por una ejecución inmediata y el interés privado del extranjero de permanecer por más tiempo en el país, se debe tener en cuenta que la ejecución inmediata de una orden de expulsión del extranjero, puede obstaculizar su persecución en el proceso principal.

5. Si mediante la ejecución inmediata de las expulsiones se dan los presupuestos para su revisión judicial, entonces, para las autoridades y los tribunales administrativos, existe el deber de acelerar el proceso principal. De lo contrario, la orden justificada de una expulsión inmediata puede también ser inconstitucional.

6. El artículo 6, núm. 1, en concordancia con el artículo 3, núm. 2, de la Ley Fundamental, ordena que el interés público en la ejecución inmediata de una expulsión tenga en cuenta el interés del cónyuge alemán.

XXVI. ESPAÑA

XXVII. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GARANTE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN

El tribunal constitucional español está formado por doce miembros, que son nombrados por el rey a propuesta de las cortes, del gobierno y del Poder Judicial; concretamente, dos a propuesta del gobierno; dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial y cuatro a propuesta del Congreso, para la que se precisará una votación favorable en sesión plenaria de tres quintos de la cámara y otros cuatro a propuesta del senado; la misma mayoría se requiere para prosperar la propuesta. El periodo de permanencia como magistrado del Tribunal constitucional es de nueve años; los miembros del tribunal se renuevan cada tres años, y por bloques de cuatro magistrados cada vez, éstos permanecen en sus cargos hasta que se produce el relevo.⁵¹

El Tribunal constitucional español implica no sólo un control jurisdiccional, al modo de la clásica “*judicial review*” o revisión judicial americana, sino que también resuelve los conflictos entre los

⁵¹ Martínez Sánchez, Francisco, *La jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad de leyes*, op. cit., p. 49.

órganos superiores del Estado, y los conflictos entre el Estado y las comunidades autónomas, o entre éstas, y es el vigilante y encargado de hacer cumplir a los órganos del Estado y a los ciudadanos el orden fundamental de los valores ínsitos en la Constitución.⁵²

El Tribunal constitucional juzga con arreglo a criterios y razones jurídicas sobre controversias jurídicamente formuladas que hacen referencia a las limitaciones constitucionalmente establecidas al poder, al ámbito de acción libre de los distintos órganos que integran el Estado y son, en consecuencia, controversias que pueden tener matices políticos, en cuanto que la disputa sobre el ejercicio, la distribución y el uso del poder constituyen el núcleo de la política.⁵³

Incumbe al Tribunal constitucional señalar el contenido de los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.⁵⁴

La libertad, como derecho de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, como señala el texto constitucional en su artículo 10, es fundamento del orden político y de la paz social y se desarrolla en el Capítulo 2, del Título 1, comprensiva de las siguientes modalidades: la libertad ideológica y religiosa (artículo 16), la libertad personal (artículo 17), la libertad de residencia y domicilio (artículo 19), la libertad de expresión (artículo 20), la libertad de enseñanza (artículo 27), la libertad de sindicación (artículo 28), y la libertad de empresa (artículo 38).

El valor de la justicia se muestra en el Título Preliminar de la Constitución y los postulados de justicia tienen también aplicación en el orden socioeconómico, dentro de los principios rectores de la política social y económica (Capítulo 3, Título I, artículos 39-52) y del Título VII relativo a la economía y hacienda (artículos 128-136).

El valor de la igualdad, referido en el Título Preliminar, se consagra de modo explícito, en el artículo 14 de la Constitución, como derecho fundamental, incumbiendo, de conformidad con el artículo 9.2, a los poderes públicos su promoción, en forma semejante a la cláusula de transformación, prevista en el artículo 3 de la Constitución italiana.

⁵² González Rivas, Juan José, *Estudio legal y jurisprudencial del Tribunal constitucional español: 1981-2000*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 56.

⁵³ *Ibidem*, p. 56.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 57.

El valor del pluralismo político se desarrolla en el artículo 6 de la norma fundamental que constitucionaliza los partidos políticos y se complementa con el pluralismo sindical del artículo 7.

Estos principios previstos en el Título Preliminar de la Constitución, fijan las directrices cuya interpretación desarrolla el Tribunal constitucional y constituyen los valores propugnados en la forma de un Estado social y democrático de derecho, sin entrar en la polémica sobre si esos valores son reflejo de una concepción del Estado liberal de derecho (tesis centrista), o entrañan la esencia del socialismo democrático (tesis socialista).

XXVIII. FISCALIZACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA NORMA APLICABLE Y APLICADA

En principio, se siente inclinación a entender que, efectivamente, el Tribunal constitucional (cuando revisa la elección de las normas aplicables), sobrepasa en esos casos la frontera de su poder, porque la elección o determinación de la norma o normas aplicables en un caso, para resolver sobre el fondo o para decidir una cuestión procesal parece pertenecer en exclusiva al núcleo esencial de la jurisdicción ordinaria y, sobre todo, porque el Tribunal constitucional debiera limitarse a fiscalizar el juicio jurisdiccional que realmente se ha producido, limitándose, por tanto, a revisar si, al aplicar la norma o normas consideradas aplicables, los Tribunales Ordinarios han conferido a esas normas –las elegidas como aplicables y efectivamente aplicadas– un sentido contrario al que hubiera debido dársele en virtud de preceptos constitucionales relativos al derecho fundamental o libertad pública pretendidamente vulnerados.⁵⁵

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal constitucional español, define al Tribunal como el intérprete supremo de la Constitución.

Es claro que el Tribunal constitucional español *es un órgano de garantía* de la Constitución, al que corresponde la función de hacer valer ésta frente a todos los poderes constitucionales. Su establecimiento significa garantizar la supremacía real de la Constitución y

⁵⁵ Andrés de la Oliva Santos e Ignacio Díez-Picazo Giménez, *Tribunal constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Ed. McGrawHill, Madrid, 1996, p. 20.

poner fin al dogma decimonónico de la omnipotencia de la ley, al resultar ésta sometida a un control jurisdiccional que garantiza que no traspasa los múltiples límites que sobre la ley impone la norma fundamental.⁵⁶

XXIX. CUALIDAD DE ÓRGANO CONSTITUCIONAL

El Tribunal constitucional tiene el rango de órgano constitucional, como lo reconoce expresamente el artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal constitucional; la primera consecuencia de esta calificación es la *posición suprema* del Tribunal constitucional en el ordenamiento, que implica su independencia frente a todos los demás poderes y una serie de prerrogativas que constituye un verdadero *ius commune*, que debe ser reconocido por todos los órganos constitucionales, y al que los mismos tienen derecho.

En el plano presupuestario, el Tribunal debe elaborar sus propias propuestas que se elevan por el gobierno al Parlamento.

También es importante la condición de paridad a efectos de protocolo y del trato debido a los magistrados del Tribunal en actos oficiales.⁵⁷

A continuación citaremos dos fallos emitidos por el Tribunal constitucional español, en lo relativo a la igualdad y no discriminación laboral, así como la libertad de expresión.

XXX. SENTENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR RAZÓN DE NACIONALIDAD⁵⁸

STC 5/2007, de 15 de enero de 2007. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, dictada el quince de enero de dos mil siete.

⁵⁶ Jorge Rodríguez-Zapata, *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 234.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 235.

⁵⁸ Los fundamentos esenciales de la sentencia se tomaron de la página electrónica de la Gaceta del Tribunal constitucional español, <http://gaceta.tc.gob.pe/jurisprudencia.shtml>, en la cual se puede ver el texto completo.

Como antecedente del caso, se pueden citar, las recurrentes de nacionalidad española, que en su calidad de profesoras del Liceo Científico Estatal Italiano Enrico Fermi, de la Escuela Estatal Italiana en Madrid, formularon demanda sobre reclamación de derecho y cantidad contra el Consulado General de Italia y la Escuela Italiana en Madrid, en la que solicitaban, entre otras cuestiones, el reconocimiento de su derecho a percibir la misma retribución que los profesores de nacionalidad italiana que prestaban sus servicios para la demandada. La demanda inicial fue desestimada de origen; en contra de esa sentencia, se interpuso recurso de suplicación por ambas partes, que también fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de octubre de 2003, en la que, tras realizar una síntesis de la doctrina constitucional en materia de discriminación, se concluyó diciendo: “Es evidente que existe una distinta remuneración entre los profesores de la Escuela Estatal Italiana de Madrid, pero ello no entraña discriminación alguna pues la situación y estatus personal de los profesores italianos es distinta y diferente de la de los profesores españoles, y por ello, al no ser iguales las situaciones, no existe discriminación”.

1. Pretensión de la parte inconforme

Tutela de los derechos de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad prevista en el artículo 14 de la Constitución española y el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el diverso artículo 24.1 de la misma norma máxima.

2. Argumentos en juego

La vulneración de los artículos 14 y 24 de la Constitución española a las Sentencias de 24 de marzo de 2003 del Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid y de 28 de octubre de 2003 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por negar la discriminación retributiva denunciada en relación con el personal docente de nacionalidad italiana. Señalaron que la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 de la Constitución española supone la interdicción de diferencias de trato basadas en la nacionalidad y que la misma también se recoge en el artículo 12 del Tratado de la Unión

Europea en relación con lo dispuesto en los números 1 y 2 del artículo 39 del mismo Tratado, que establece el aseguramiento de la libre circulación de trabajadores y la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Objeto de análisis

Respecto al principio de igualdad en materia retributiva, el Tribunal había sostenido que el artículo 14 de la Constitución española no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tuviera un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad (SSTC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2; o 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3, entre otras).

4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. No toda desigualdad de trato supone una infracción al artículo 14 de la Constitución española, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.
2. En la medida en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores, no puede considerarse como vulneradora *del principio de igualdad*.
3. Como con acierto lo sostuvo el Fiscal, las alegaciones de la parte demandada para justificar la disparidad salarial, acogidas por las sentencias impugnadas, resultaron inadmisibles para negar la lesión constitucional denunciada, pues ninguna de

las razones ofrecidas para fundamentar la diferencia de trato salarial es relevante para justificarla.

4. Resulta inadmisibles que la diferencia retributiva cuestionada pueda ampararse en el caso de autos en las facultades directivas de la demandada sobre la base de que el principio de autonomía de la voluntad que rige las relaciones laborales le ofrece un margen para el establecimiento de las retribuciones de sus trabajadores siempre que respete los mínimos impuestos legal y convencionalmente.
5. Conforme con la reiterada doctrina constitucional, aunque en el ámbito laboral el principio de igualdad de trato puede quedar matizado como consecuencia de la vigencia del mencionado principio, resulta preciso que la diferencia de trato no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores y, en este caso, no había quedado justificado con la motivación adecuada que el trato retributivo distinto deparado a las recurrentes tenga un fundamento racional y ajeno a la circunstancia de su nacionalidad española o, lo que es lo mismo, no coincidente con la de la empresa empleadora.
6. La diferencia retributiva alegada por las recurrentes resultaba desprovista de una justificación objetiva y razonable, con vulneración, por tanto, del artículo 14 de la Constitución española, lo que determina la procedencia del pronunciamiento previsto en el artículo 53 a LOTC.

En consecuencia, se declaró el otorgamiento del amparo por la vulneración del derecho a la igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución española y la procedencia de la nulidad de las sentencias del Juzgado y la Sala precedentes, por la discriminación salarial por razón de nacionalidad.

XXXI. SENTENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN⁵⁹

STC 151/2004, de 20 de septiembre de 2004. Como antecedentes relevantes del caso, se citan los siguientes; el demandante del amparo

⁵⁹ La sentencia se tomó de la página electrónica de la Gaceta del Tribunal constitucional español, cuya dirección es: <http://gaceta.tc.gob.pe/jurisprudencia.shtml>.

es periodista y prestaba sus servicios para el periódico *El Norte de Castilla* y como profesor de la Facultad de periodismo de la Universidad de SEK de Segovia desde el 1 de octubre de 1999.

El actor publicó un artículo denominado “Pesadillas sin fin”, en donde se refirió a los despidos injustificados de varios profesores, los cuales ponían en duda el prestigio de la institución, entre ellas, la de un profesor de nombre Carlos Díaz Güell, por negarse a interferir en un proceso electoral; asimismo, se cuestionaba: ¿cómo era posible poner en riesgo el crédito académico y económico de una universidad por la sospecha de que dos profesores –Ángel Vilches y Manuel Sesma– se habían presentado a unas elecciones sindicales para perpetuarse en el puesto de trabajo? Y lo peor es que la sospecha tenía un indemostrable fundamento, pues cuando dichos profesores se presentaron a las elecciones en marzo de 2000 nada les hacía temer por su continuidad: contaban con la plena confianza académica de su decano y se encontraban entre los mejor valorados por los alumnos de su facultad.

El 14 de agosto de 2001, la Universidad de SEK otorgó un plazo de dos días para que el disidente efectuara las alegaciones que estimara conveniente y para presentar las pruebas sobre el artículo publicado; el actor contestó por escrito a la Universidad, señalando que no tenía por objeto perjudicarla, y sosteniendo la veracidad de los hechos relatados en su artículo; pero además, señalando una violación a su derecho a la libertad de expresión y al ejercicio de su actividad de periodista.

El profesor fue despedido por considerar que las afirmaciones eran difamatorias contra la universidad.

1. Pretensión de la parte inconforme

El solicitante de amparo alegó la vulneración de sus derechos fundamentales de libertad de expresión, libertad de comunicar información, huelga y tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad [respectivamente, artículos 20.1 a), 20.1 d), 28.2 y 24.1, de la Constitución española.

2. Argumentos en juego

Consideró el recurrente, que de los hechos declarados probados y de todas las constatadas circunstancias concurrentes, sobre todo del

contenido del artículo de opinión publicado, se infiere con claridad meridiana que lo único realizado no es más que una valoración crítica de la situación a la que cualquiera tiene derecho, más aún siendo afectado por el conflicto y periodista; asimismo, que sus manifestaciones no pueden calificarse como contrarias a la verdad, ya que en todo análisis caben valoraciones y un margen subjetivo. Por lo demás, no podía negarse que en varias Sentencias resultaba probado que la Dirección pidió a los Decanos intervenir en las elecciones sindicales e incluso ayudar a formar una candidatura contraria a la de iniciativa de los trabajadores, ni que el Sr. Díaz Güell es uno de esos Decanos que se negaron a ello, o que la Universidad ha sido acusada de vulnerar derechos fundamentales en varios procedimientos que han terminado en numerosas Sentencias contrarias a la empresa.

3. Objeto de análisis

Derecho a la libertad de expresión; derecho a la huelga; y derecho a la protección judicial efectiva.

4. Observaciones sustanciales de la sentencia

Se desestimó la violación de huelga y tutela judicial efectiva, pues de los hechos probados no se desprendía, ni siquiera indiciariamente que la decisión extintiva aplicada por la Universidad hubiera implicado una reacción disciplinaria contraria a esos derechos fundamentales, al sancionar al solicitante del amparo por haber secundado diversas convocatorias de huelga y por participar de manera activa en la defensa de un compañero de trabajo que había sido despedido.

Por otro lado, en lo tocante a la violación del derecho a la libertad de expresión, se argumentó lo siguiente.

1. Dentro de la doctrina del Tribunal, se había sostenido que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, artículo 20.1 a) de la Constitución española, y cuya protección queda garantizada frente a eventuales

- lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación.
2. El contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el marco de dicha relación.
3. De este modo, surge un “condicionamiento” o “límite adicional” en el ejercicio del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que éstas han de ajustar su comportamiento mutuo, aunque se trate de un límite débil frente al que caracteriza la intersección del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución.
4. El Tribunal ya había puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el de origen, preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito –modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente– de su libertad constitucional. Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, esa modulación sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva.
5. Ello revestía en la necesidad de proceder a una *ponderación* adecuada que respete la definición y valoración constitucional del derecho fundamental y que atienda a las circunstancias concurrentes en el caso. Juicio que permitiría determinar si la reacción empresarial que ha conducido al despido del trabajador es legítima o, por el contrario, éste fue sancionado disciplinariamente por el lícito ejercicio de sus derechos fundamentales, en cuyo caso el despido no podría dejar de calificarse como nulo.
6. A la luz de la doctrina anterior, para apreciar si las resoluciones judiciales impugnadas habían llevado a cabo un adecuado juicio de ponderación, tendrían que examinarse las expresiones del recurrente, en sí mismas y en relación con las circunstancias relevantes del presente caso.

7. En el caso, desde un punto de vista meramente semántico, la conclusión a la que se llegó sin dificultad es que ninguna de las expresiones transcritas puede ser entendida, en sí misma, como gravemente ofensiva o vejatoria.
8. Las referidas a los trabajadores (“paranoia colectiva que afecta a quienes quedan dentro y participan del sistema de delación...”) porque su utilización para describir el ambiente de trabajo, tal y como lo percibía el autor del artículo, aunque si bien englobaba la idea de acusación y denuncia referida al comportamiento de ciertos compañeros de trabajo, lo cual podía constituir ciertamente un reproche molesto, hiriente e incluso despectivo, no resultaba gravemente vejatoria, menos aun cuando el artículo publicado en el diario no individualiza a quienes la protagonizarían.
9. En cuanto a la expresión “soberbia”, empleada por el trabajador para referirse a la sucesión de actos de la empresa en el conflicto laboral existente, es claro que guarda relación con las circunstancias en que el mismo se estaba desarrollando y las graves consecuencias que, a juicio del autor del artículo, tenía la actitud de la empresa.
10. Las expresiones en su secuencia y atendiendo al contexto en el que se produjeron, resulta coincidente que tales manifestaciones constituyeron una crítica o desaprobación pública por parte del trabajador respecto de la actuación de la Universidad SEK en el conflicto, al reprochar públicamente a los gestores de aquélla su comportamiento en el mismo, con tales expresiones estaba haciendo valer sus propias posiciones en la controversia y censurando públicamente que la actitud de la empleadora podía afectar negativamente a la solución del conflicto, al buen fin del proyecto empresarial y al ambiente y dinámica de trabajo.
11. Finalmente, no se puede obviar el hecho de que los destinatarios a los que el recurrente dirigió sus críticas (la Universidad SEK y sus gestores) revestían una incuestionable notoriedad pública; y ante ello, según lo ha sostenido el propio tribunal, cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1 a) de la Constitución española, los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más

riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna, pues, en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública. En tal sentido se había hecho distinción entre “personaje público”, categoría reservada únicamente a quienes tengan atribuida la administración del poder público, y “personajes con notoriedad pública”.

12. Se concluyó que las manifestaciones hechas por el trabajador guardaban relación con sus intereses laborales y, de otra parte, tanto si se consideraban en sí mismas como en su contexto, no entrañaban una ofensa grave para la empleadora, ni eran vejatorias para sus gestores o trabajadores, aun cuando pudieran considerarse improcedentes o irrespetuosas.

Por tanto se estimó que no fue legítima, por contraria al artículo 20.1 a) de la Constitución española, la decisión de la Universidad acordando el despido.

XXXII. SENTENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN LABORAL⁶⁰

STC 342/2006, de 11 de diciembre de 2006. Tiene su origen en el recurso de amparo número 812-2004, promovido por doña Isabel Carrasco Puig de la Bellacasa, representada por el Procurador de los Tribunales, don José Bernardo Cobo Martínez de Murguía y asistida por el abogado, don José Luis Gardón Núñez, contra el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2002.

Como antecedentes relevantes del caso, están, el que la recurrente venía prestando sus servicios para la empresa AC Dos Gestora, S.L., desde el 24 de abril de 2000, con la categoría de gestora comercial y de marketing; la recurrente desempeñaba sus funciones en el departamento de marketing de la empresa, integrado por la responsable del mismo, la recurrente y una secretaria. La recurrente casó el 29 de septiembre de 2000, pero acordó con la empresa disfrutar los quince

⁶⁰ La sentencia en examen, y las subsecuentes sobre diversos temas, se tomaron de la página electrónica de la Gaceta del Tribunal constitucional español, <http://gaceta.tc.gob.pe/jurisprudencia.shtml>.

días de permiso por matrimonio en el mes de diciembre, a fin de que su ausencia no coincidiese en el mes de septiembre con el periodo de descanso por maternidad de la responsable de su departamento.

Por ello, la recurrente disfrutó de su permiso por matrimonio desde el 6 de diciembre de 2000 hasta el 21 de diciembre de 2000, fecha en la que se reincorporó al trabajo. La recurrente se encontraba embarazada, y tanto la empresa como sus compañeros de trabajo tuvieron noticia de tal circunstancia el 5 de enero de 2001; el 7 de febrero de 2001 la recurrente recibió carta de despido – fechada el día anterior – en la que se indicó que los hechos y motivos que fundamentan la decisión empresarial de despido disciplinario “son la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado y la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño de sus servicios, que se viene produciendo desde el mes de septiembre, agravándose en los meses de noviembre y diciembre del año 2000.

1. Pretensión de la parte inconforme

Lo inconstitucional del despido, el cual tuvo por causa exclusiva su embarazo, y por tanto, que se le califique como discriminatorio por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución española).

En segundo lugar alegó la recurrente que los autos impugnados en amparo habían vulnerado su derecho a no sufrir discriminación por motivo de embarazo, tutelado por el mismo precepto constitucional.

2. Argumentos en juego

La demandante de amparo alegó que los dos autos dictados por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (de inadmisión de su recurso de casación para la unificación de doctrina, y de desestimación de su incidente de nulidad de actuaciones) lesionaron el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución española), porque incurren en incongruencia interna y por error.

3. Objeto de análisis

La lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución española) y del derecho a no sufrir discriminación

(artículo 14 de la Constitución española), dado que, en opinión de la demandante, su despido disciplinario encubre la auténtica causa resolutoria: su estado de embarazo, que tiene con el sexo de la demandante una conexión directa e inequívoca, pues la maternidad y, por tanto, el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial que no puede acarrear, conforme a la interdicción de la discriminación por razón de sexo, perjuicios a la mujer trabajadora.

4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. El artículo 14 de la Constitución española, junto a la cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley con el que inicia su contenido, contiene la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación que representan una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la Constitución española.
2. En este sentido, el Tribunal había venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14 de la Constitución española, por ejemplo, la discriminación por razón de sexo, entre otras.
3. Esta causa de discriminación, que es, precisamente, la aducida en la demanda de amparo, su exclusión tiene razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer.
4. En contraste con *el principio genérico* de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como

criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres, resultando, por lo que aquí interesa, un principio también vigente en materia de empleo.

5. Tal clase de discriminación comprendía sin duda aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres.
6. Ciertamente, el mero dato del conocimiento por parte de la empresa del embarazo de la recurrente y el posterior despido, no podía constituir, por sí solo (conforme a la doctrina expuesta) un indicio de discriminación por razón de sexo; sin embargo, poniendo en relación este hecho con la decisión empresarial precedente de renovar en el mes de octubre el contrato de trabajo temporal de la recurrente (cuando pudo dar por extinguida la relación laboral) y aumentarle el sueldo unos días después, creaban la sospecha de verosimilitud de la queja de la recurrente.
7. Lo anterior evidenciaba que la empresa demandada en el proceso *a quo* no acreditó la existencia de causa alguna, seria y real, que hubiera permitido destruir la apariencia discriminatoria creada y alcanzar la necesaria convicción de que su decisión de despedir había sido ajena a todo propósito atentatorio del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución española), al no tener por causa el estado de embarazo de la recurrente.
8. La ausencia de prueba trascendía el ámbito puramente procesal y determinaba, en último término, que los indicios aportados por la demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho garantizado en el artículo 14 de la Constitución española.

En consecuencia, se concluyó que las sentencias impugnadas no cumplieron las exigencias de la doctrina constitucional sobre la distribución de la carga de la prueba en estos supuestos, y lesionaron, por tanto, el derecho a la no discriminación por razón de sexo de la recurrente (artículo 14 de la Constitución española); lo cual conducía al otorgamiento del amparo.

XXXIII. LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

Las garantías de la libertad en las constituciones norteamericanas no son (ni se ha pensado que lo sean) exhortaciones a los gobernantes o a las dependencias del gobierno para que conduzcan sus actos o para que se ajusten a ellas. Son preceptos del derecho de la nación, respaldados por la facultad que los tribunales de justicia tienen de negarse a poner en vigor cualquier promulgación legislativa o cualquier acto del poder ejecutivo que vaya en contra de aquellos preceptos. Por tanto, la violación de las libertades así aseguradas debe equivaler en la práctica a una revolución para derogar los preceptos fundamentales. Cualquier transgresión importante del derecho garantizado a los individuos o a las minorías implica, según se ve, más que un quebrantamiento de la ética política, expresada en un instrumento político. Supone la oposición al derecho fundamental, el atropello de la ley estatuida que sirve de cimiento de la seguridad general.⁶¹

Los conflictos constitucionales resueltos por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, sobre los principios contenidos en la Constitución de ese país, proporcionan un parámetro tangible de cómo funciona la interpretación constitucional de los principios, incluso, la propia forma de abordar los asuntos es diferente, pues la óptica se centra sobre los principios en juego y no existe dispersión sobre lo que contempla o no una determinada norma ordinaria, lo cual es útil porque mantiene centrada la atención del juez constitucional sobre el conflicto que debe resolver.

XXXIV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA CORTE SUPREMA (*JUDICIAL REVIEW*)⁶²

Los principios fundamentales que enmarcan la función del control de constitucionalidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos, son

⁶¹ Poun, Roscoe, *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de libertad*, Colección Crítica del Derecho, Ed. Colmenares, Granada, 2004 (prólogo).

⁶² Sobre el origen de la *judicial review*, pueden consultarse los estudios de Manuel González Oropeza, en el libro *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*, en el segundo capítulo, titulado "Un juez en problemas", *Marbury vs. Madison*, editado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, pp. 81-133.

los siguientes: Supremacía constitucional; Rigidez constitucional; *Judicial review*; Doctrina de los precedentes y del “*stare decisis*”.⁶³

El principio de supremacía de la Constitución está prescrito en el artículo VI, sección 2, de la Constitución, el cual también se conoce con la denominación de *supremacy clause*. Por lo que respecta al principio de rigidez constitucional está dispuesto el diverso artículo V de la Constitución.⁶⁴

Igualmente la fórmula de la *judicial review* puede emplearse en relación con la potestad de la Corte Suprema para declarar inconstitucionales actos del congreso federal y del poder ejecutivo. En esta forma de revisión, a pesar del principio de división de poderes, la Corte tiene la atribución de resolver que los actos de los otros poderes son contrarios a la ley fundamental. A esta especie, de *judicial review*, se refiere la expresión *judicial supremacy*, la cual enfatiza que en términos generales, la interpretación de la Constitución y en lo particular, el control de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad, son funciones que corresponde desempeñar al poder judicial, sea de la federación, en calidad de instancia última y superior, cuyas resoluciones deben respetar todos los órganos del Estado, locales y federales, sea de los estados, o en su sentido más amplio, a cualquier juez que conoce de una controversia.⁶⁵

XXXV. REGLAS DE RAZONABILIDAD: LÍMITES AL EJERCICIO DEL PODER

Los tribunales norteamericanos tardaron bastante en admitir que este tipo de ejercicio debe estar muy limitado, y debe atenerse a la razonabilidad de su propia decisión.⁶⁶

La razonabilidad es el criterio judicial que rechaza, *in limine*, lo arbitrario. Y lo arbitrario, cabe recordarlo, “es lo intrínsecamente irrazonable, lo que hiere al valor justicia en su tuétano, lo que no guarda proporción entre el medio empleado y el fin perseguido”.

⁶³ Miguel Covián Andrade, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit., p. 208.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 209.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 210.

⁶⁶ Daniel E. Herrendorf, *El poder de los jueces*, Universidad Veracruzana, 1991, Xalapa, Veracruz, p. 105.

La razonabilidad de una medida está definida por su atinencia a dos criterios que ya señalamos antes.⁶⁷

- a) Proporcionalidad entre el medio elegido y el fin buscado.
- b) Que el medio elegido sea el menos gravoso para el derecho de la libertad que se limita.

XXXVI. SENTENCIA BROWN V. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA 1954.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD *VERSUS* DISCRIMINACIÓN⁶⁸

Este caso es paradigmático en el derecho y la cultura del pueblo anglosajón, pues vino a resolver como inconstitucional, la discriminación racial de que eran objetos los niños de raza negra, y en general, los seres humanos de color, la *Supreme Court*, había sostenido la doctrina de “separados pero iguales” desde el año de 1896 cuando resolvió el caso *Plessy vs. Ferguson*, si bien no referente a la educación, sí tenía que ver con el uso de los transportes públicos por los ciudadanos de origen afroamericano.

1. Pretensión de la parte inconforme

Reclamo de la tutela para obtener la admisión en escuelas públicas por parte de los menores de raza negra.

2. Argumentos en juego

El principio de protección equitativa reconocido en la enmienda décimo cuarta de la Constitución (14a.), frente a la discriminación racial.

3. Objeto de análisis del Tribunal

Resolver si las escuelas públicas reservadas a los negros no son iguales y no pueden transformarse en iguales y, por consiguiente, se vulneraba su derecho a la protección equitativa por las leyes.

⁶⁷ Daniel E. Herrendorf, *El poder de los jueces*, op. cit., p. 106.

⁶⁸ Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2005, pp. 284-291.

4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. No se estaba en posibilidad de regresar en el tiempo, hasta el año 1868, cuando se aprobó la 14a. enmienda, ni siquiera a 1896, cuando se dictó la sentencia *Plessy vs. Ferguson*.
2. Se debería considerar la enseñanza pública a la luz de toda su evolución y del lugar que ocupa en todos los rincones del país, en el conjunto de la vida americana, pues sólo de este modo se podía determinar si la segregación en las escuelas públicas priva los demandantes de la protección equitativa de las leyes.
3. No es razonable afirmar que un niño puede tener expectativas de éxito en la vida si se le niega la oportunidad de una educación, pues tal oportunidad, allí donde el Estado ha asumido tal prestación, es un derecho que debe ser facilitado a todos en iguales condiciones.
4. La separación de los alumnos de enseñanza primaria y secundaria, de otros estudiantes de similar edad y cualidades por razón de la raza, genera un sentimiento de inferioridad sobre su lugar en la sociedad, lo que puede afectar a su corazón y a sus sentimientos de forma tal vez irremediable.
5. En el campo de la enseñanza pública no tiene cabida la doctrina "separados pero iguales", un sistema con escuelas separadas es intrínsecamente desigualitario, por lo cual la segregación analizada había privado a los demandantes y a quienes se encontraran en supuestos semejantes, de la protección equitativa de las leyes garantizada por la 14a. enmienda. Es, pues, inútil continuar la argumentación y plantearse si tal segregación viola además la cláusula del proceso debido de la 14a. enmienda.

XXXVII. SENTENCIA LAWRENCE VS. TEXAS (2003) SOBRE LA LIBERTAD SEXUAL⁶⁹

Esta sentencia es relevante por el tema abordado, consistente en la libertad para las relaciones sexuales entre homosexuales o personas

⁶⁹ Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, op. cit., pp. 641-654.

del mismo sexo, pues en la Unión Americana, específicamente en el estado de Texas, tal conducta se castigaba como el delito de sodomía.

En la resolución, la Corte hizo acopio de diversas resoluciones que daban cuenta del deterioro del criterio sostenido en el caso *Bowers*, en donde se había validado la constitucionalidad de las normas que tipificaban penalmente la sodomía.

1. Pretensión de la parte inconforme

Invalidar la Legislación del estado de Texas, la cual tipificaba a la sodomía como delito, en protección del derecho amparado en la enmienda 14a., relativa al debido proceso.

2. Argumentos en juego

Por un lado, el derecho de cualquier individuo con independencia de su orientación sexual, a tener relaciones sexuales con otro de su mismo sexo: y por el otro lado, lo sostenido por la Suprema Corte al resolver el caso *Bowers*, si un oficial de policía cuyo derecho a entrar en el domicilio no parecía cuestionarse, pues vio al señor *Hardwick* mientras mantenía en su dormitorio relaciones íntimas con otro varón adulto. Tal conducta constituía una violación de una ley del estado de Georgia que consideraba delito la sodomía.

3. Objeto de análisis

En el caso, lo que se pretendía dilucidar era si los recurrentes, como adultos que eran, podían legítimamente, conforme a la libertad reconocida en la cláusula del proceso debido de la 14a. enmienda a la Constitución, llevar a cabo en la intimidad las conductas por las que fueron condenados, y a su vez reconsiderar lo establecido en la sentencia del caso *Bowers*.

4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. Las materias que afectan las decisiones más íntimas y personales que un individuo puede tomar a lo largo de su vida, capitales para la dignidad humana y para la autonomía personal,

- las cuales son esenciales para la libertad protegida por la 14a. enmienda. En el corazón de la libertad está el derecho a definir las propias nociones de la existencia, del pensamiento, del universo y del misterio de la vida humana. Estas creencias no pueden ser caracterizadas como atributos de la personalidad si sobre ellas el Estado ejerce algún tipo de compulsión.
2. Las personas que quieran optar por una relación homosexual pueden legítimamente desear ejercer su libertad en tal sentido, de la misma forma que lo hace una persona heterosexual.
 3. El derecho que los recurrentes pretenden que se les reconozca está, en otros países, protegido en tanto que parte integrante de la libertad de las personas. No se ha acreditado que el gobierno de los Estados Unidos tenga un interés más urgente o más relevante que otros gobiernos en limitar las opciones vitales de los ciudadanos.
 4. Tal doctrina no afectaba a los menores de edad. No afecta a personas que puedan ser dañadas o coaccionadas, o que se encuentren en relaciones en las cuales tengan difícil negar su consentimiento. No afecta a conductas públicas o a la prostitución. Tampoco afecta si el gobierno debe o no reconocer formalmente las relaciones que las personas homosexuales deseen entablar. Afecta a dos adultos, que de mutuo acuerdo desean mantener contactos sexuales que son habituales en el modo de vida homosexual.
 5. Los recurrentes deben ver respetada su vida privada. El Estado no puede degradar su condición, o controlar su destino, mediante la criminalización de sus conductas sexuales privadas. El derecho a la libertad, conforme a la cláusula del proceso debido, les garantiza el pleno derecho a tomar decisiones sobre su comportamiento sin la intromisión del gobierno. "En la Constitución existe la promesa de que hay una esfera de libertad personal en la que el gobierno no puede entrar" (Casey, en la p. 84). El Código Penal de Texas no contiene ni promueve ningún valor o interés estatal que pueda justificar semejante intromisión en la vida personal y privada del individuo.
 6. Si aquellos que diseñaron y ratificaron la cláusula del proceso debido de las enmiendas 5a. o 14a. hubieran conocido los aspectos de la libertad en todas sus posibilidades, acaso podrían

haber sido más explícitos. Pero no pretendieron tener una concepción tan visionaria. Sabían que en un momento dado las circunstancias pueden impedirnos ver y reconocer determinadas verdades, y que posiblemente las generaciones venideras vean que leyes que una vez fueron necesarias y adecuadas hoy son instrumentos de opresión. Mientras la Constitución permanece, cada generación puede apelar a sus propios valores y principios para buscar la libertad.

XXXVIII. SENTENCIA ROE V. WADE (1973).

EL DERECHO DE LA MUJER

A INTERRUMPIR EL EMBARAZO⁷⁰

1. Pretensión de la parte inconforme

La alegación central del recurso contra la Ley de Texas es que atenta contra un derecho fundamental, del que serían titulares las mujeres embarazadas, consistente en poner fin anticipadamente a su embarazo. La recurrente sostiene que se trata de un derecho incluido en el ámbito de libertad personal garantizado por la cláusula del derecho al proceso debido de la 14a. enmienda. O, también, en la intimidad personal, conyugal, familiar y sexual que a su juicio encuentra amparo, directamente o no, en la Declaración de Derechos (Griswold vs. Connecticut, 1965, y Eisenstadt vs. Baird, 1972). Y asimismo en los derechos que la 9a. enmienda de la Constitución reserva al pueblo (voto particular de Goldberg a Griswold vs. Connecticut, 1965).

2. Argumentos en juego

El derecho de la mujer para abortar cuando quiera, como quiera y por las razones que quiera; en contra de la facultad del estado de Texas para regular y limitar la interrupción voluntaria del embarazo.

⁷⁰ Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, op. cit., pp. 408-424.

3. Objeto de análisis

Si el derecho a la intimidad referido al aborto, constituye un derecho absoluto o ilimitado, o si por el contrario, el Estado puede limitarlo bajo ciertas circunstancias.

4. Observaciones sustanciales de la Sentencia

1. La parte recurrida, así como otras partes apersonadas, afirman que el feto es una persona, en el sentido de la 14a. enmienda. En apoyo de esta tesis aportan con todo detalle datos, bien conocidos, acerca de la concepción y del desarrollo embrionario. Si ello fuese así es evidente que el recurso no podría prosperar: el derecho del feto a la vida estaría protegido por la 14a. enmienda. Sin embargo, reconocen que no existen precedentes en tal sentido [...].
2. La intimidad de la mujer embarazada no puede ser considerada aisladamente. Es portadora de un embrión y más delante de un feto, si admitimos las definiciones médicas. Se trata, pues, de una situación que es esencialmente distinta a otros casos de intimidad: intimidad conyugal, posesión de material pornográfico, derecho al matrimonio, educación. Es razonable y lógico que un Estado, en un determinado momento, proteja otros intereses distintos a los de la madre, por ejemplo, los de la potencial vida humana. La intimidad personal de la mujer ya no es entonces absoluta, y su derecho debe ser *ponderado* con otras circunstancias y valores.
3. Texas alega que, al margen de la 14a. enmienda, la vida comienza en el momento de la concepción y permanece durante todo el embarazo. Por ello el Estado tiene un interés apremiante en proteger la vida desde la concepción. Pero no es necesario que nosotros resolvamos ahora el arduo problema de cuándo comienza la vida. Si los médicos, los teólogos o los filósofos son incapaces de ponerse de acuerdo al respecto, los tribunales no están en condiciones de especular con la respuesta. Es suficiente con poner de manifiesto la total divergencia de pareceres que se proyecta sobre esta compleja cuestión. Desde antiguo existe una creencia conforme a la cual la vida no existe

- como tal hasta el nacimiento. Era lo que pensaban los estoicos, así como la tendencia predominante –si bien no unánime– de los judíos. También un sector importante del protestantismo. El *common law* otorga mayor relevancia al nacimiento. Los médicos y los científicos han mostrado menos interés por este debate, y en cambio sí se han preocupado por la concepción, por la vida independiente, y por el momento a partir del cual cabe afirmar que el feto es viable, es decir, potencialmente capaz de sobrevivir fuera del claustro materno, acaso con ayuda artificial.
4. En general, la viabilidad se sitúa en torno a los siete meses (veintiocho semanas), pero puede llegar antes, incluso a las veinticuatro semanas. La teoría aristotélica de la animación mediata, mayoritaria en la Edad Media y en el Renacimiento, fue el dogma oficial de la iglesia católica romana hasta el siglo XIX, pero a esta idea acerca de la adquisición del alma se oponían quienes consideraban que existía vida desde el momento de la concepción.
 5. Esta última es hoy la tesis oficial de la iglesia católica. También la sostienen personas no católicas, así como muchos médicos. Sin embargo, plantea muchos problemas, derivados de los nuevos datos de la embriología que tienden a afirmar que la concepción es un proceso continuado que se desarrolla en el tiempo y no un momento preciso, así como derivados también de nuevas técnicas médicas, como la extracción menstrual, la llamada píldora del día después, la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, o incluso los embriones artificialmente creados. En ámbitos distintos al delito de aborto, el derecho no ha admitido, por lo general, que la vida, tal y como la conocemos, comience antes del nacimiento ni tampoco ha reconocido derechos al no nacido (excepto en casos muy excepcionales y no sin condiciones) [...]. En definitiva, el derecho nunca ha reconocido que el no nacido sea una persona en el pleno sentido de la palabra.
 6. A la vista de todo ello consideramos que el estado de Texas, partiendo de una determinada concepción de la vida humana, no puede privar a las mujeres embarazadas del derecho a abortar que estamos ahora examinando. No obstante reiteramos que el Estado tiene un interés importante y apremiante en proteger la salud de aquéllas, ya sean ciudadanas de Texas o sean no

residentes que deseen consulta y tratamiento médico. El Estado tiene también un similar interés en proteger la vida humana potencial. Se trata de intereses distintos, y en un determinado punto devienen contrapuestos: a medida que el embarazo avanza llega un momento en el que cada uno de ellos pretende prevalecer sobre el otro.

7. En el caso del interés apremiante y legítimo del Estado en proteger la salud de la madre, ese momento decisivo, en el actual estado de la ciencia médica, se sitúa aproximadamente al final del primer trimestre. Ello se explica porque hoy está científicamente demostrado que dentro de los tres primeros meses el riesgo de que la mujer muera al practicársele un aborto es sensiblemente menor al de la muerte en el momento del parto. De manera que a partir de ese momento el Estado puede legítimamente regular los requisitos o condiciones para practicar abortos, siempre que esta regulación esté razonablemente fundada en la preservación y protección de la salud de la madre.
8. La regularización estatal puede incluir requisitos de capacitación técnica del facultativo que practicará los abortos, así como la eventual habilitación profesional. También la determinación de los lugares en los que se podrán practicar abortos, esto es, si deberán realizarse en hospitales, en ambulatorios, o en establecimientos de nivel menor, y la correspondiente licencia que deberán tener cada uno de ellos. De lo anterior se deduce, en sentido contrario, que durante los tres primeros meses de embarazo el facultativo, de acuerdo con la madre, tiene libertad para decidir, sin interferencia ni regulación estatal, si conforme a su criterio médico es o no oportuno interrumpir la gestación. Si se opta por hacerlo, la decisión de abortar es por entero libre, sin que las autoridades puedan condicionarla.
9. En relación con la finalidad del Estado, legítima y relevante, de proteger la potencial vida humana, el momento determinante se sitúa en aquel a partir del cual puede decirse que el feto es viable, porque a partir de entonces se supone que el feto puede sobrevivir fuera del vientre materno. Por ello, la decisión del Estado de regular la cuestión para proteger al feto una vez superado el umbral de la viabilidad puede considerarse amparada en argumentos lógicos y biológicos. Si el Estado desea proteger la vida del feto una vez que es viable, puede legítimamente llegar hasta

- prohibir abortar a partir de ese momento, excepto cuando el aborto es necesario para preservar la vida o la salud de la madre.
10. Conforme al criterio que acabamos de señalar, el artículo 1.196 del Código Penal de Texas, que sólo autoriza interrumpir el embarazo “bajo supervisión y consejo médico y con el fin de salvar la vida de la madre”, es demasiado restrictivo, habida cuenta de que no distingue, a efectos penales, entre los abortos al principio del embarazo y los que se practiquen más tarde y de que sólo los permite para una sola invalidez como es la salvaguarda de la vida de la madre. Ello implica que el recurso debe, en este punto, prosperar, y declaramos la Ley inconstitucional [...].
 11. La solución a la que hemos llegado nos parece adecuada en función de los respectivos intereses enfrentados, de la experiencia tanto histórica como científica, teniendo en cuenta la tradición del *common law* y los problemas que hoy en día se plantean. Permite al Estado, a medida que el embarazo avance, imponer restricciones al derecho a abortar, siempre que respondan a un interés o finalidad legítima. También reconoce al médico el derecho a prescribir un tratamiento o intervención determinada conforme a su criterio profesional hasta que el interés del Estado le imponga o le impida una obligación concreta. Mientras no llegue ese momento, la decisión de interrumpir el embarazo es una decisión, en todos sus aspectos e intrínsecamente, de tipo médico, y la responsabilidad que de ello derive es sólo del médico. Si algún médico hace un mal uso de sus prerrogativas, estarán disponibles, como es habitual, los recursos colegiales y jurisdiccionales.

XXXIX. SENTENCIA TEXAS V. JOHNSON (1989).

LIBERTAD DE EXPRESIÓN AL QUEMAR
LA BANDERA NORTEAMERICANA⁷¹

1. Pretensión de la parte inconforme

El respeto a su derecho de libertad de expresión.

⁷¹ Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, op. cit., pp. 510-520.

2. Argumentos en juego

El derecho a la libertad de expresión, contra dos intereses que justificaban la condena: evitar desórdenes públicos y proteger la bandera en tanto que símbolo de la unidad nacional.

3. Objeto de análisis

Si era correcta la sanción penal impuesta a un individuo por haber quemado la bandera norteamericana en un acto público.

4. Observaciones sustanciales de la Sentencia

1. En el caso que ahora nos ocupa, el estado de Texas, en sus alegaciones durante la vista, dijo que la conducta del señor Johnson era una conducta expresiva, y ello nos parece tan razonable como la afirmación del estado de Washington en el caso *Spence*. Para Johnson, la quema de la bandera norteamericana formaba parte —en realidad era el momento culminante— de una manifestación política que se produjo con ocasión de la convención del Partido Republicano y la designación de Ronald Reagan como candidato a la reelección. El carácter expresivo y claramente político de esa conducta era del todo deliberado y evidente. En la vista, el señor Johnson explicó así las razones que le movieron a quemar la bandera: “Quemé la bandera cuando Ronald Reagan fue designado candidato a la reelección. En ese momento, guste o no, no existía ninguna expresión simbólica más potente. Éramos al tiempo nuevos patriotas, y antipatriotas”. A la vista de ello consideramos que quemando la bandera el señor Johnson tuvo un comportamiento que “contiene suficientes elementos de comunicación” para poder ser incluidos en la 1a. enmienda [...].
2. Hemos dicho que “cuando elementos expresivos y no expresivos aparecen mezclados en una acción determinada puede existir un interés público lo bastante importante como para permitir al gobierno regular el elemento no expresivo, limitando los derechos de la 1a. enmienda” (*United States vs. O'Brien*, 1968), pero también hemos dicho que este criterio, bastante

- poco limitativo para las autoridades, sólo se proyecta sobre los asuntos en los que “el interés del gobierno no implique la privación del derecho a la libre expresión” (además de *O'Brien, Spence vs. Washington*, 1974) [...].
3. Para saber si podemos aplicar el criterio de *O'Brien* debemos, pues, decidir si el estado de Texas, al condenar a Johnson, ha hecho valer un interés que no significa la privación del derecho a la libre expresión. Si llegamos a la conclusión de que no existe ni siquiera planteamos si se aplica el criterio. El estado ha afirmado que existían dos intereses que justificaban la condena: evitar desórdenes públicos y proteger la bandera en tanto que símbolo de la unidad nacional. A la vista de los hechos consideramos que el primero no se aplica y que el segundo conduce a la privación del derecho a la libre expresión.
 4. Texas sostiene que la necesidad de garantizar el orden público justifica la condena al señor Johnson por profanar la bandera. Sin embargo, cuando se quemó la bandera no se produjo ningún incidente de orden público, ni hay constancia de que existiese un riesgo semejante. Pese a que el Estado insiste en el comportamiento agresivo y perturbador de los manifestantes, reconoce que “en el momento de la quema de la bandera no se produjo ninguna alteración del orden”. Lo primero es llamativo, dado que no se ha formulado ninguna acusación contra los manifestantes y además tampoco demuestra que fuese probable una reacción violenta tras el comportamiento del señor Johnson. La única prueba que aporta el Estado es el testimonio de algunas personas que dicen haberse visto seriamente ofendidas por la quema de la bandera.
 5. La postura de Texas equivale a decir que hay muchas probabilidades de que personas que se sientan ofendidas por una determinada expresión perturben el orden público, y que por tanto ello es motivo suficiente para prohibir aquella expresión. Nuestros precedentes no permiten avalar esta presunción. Al contrario reconocen que “una de las principales funciones de la libertad de expresión es permitir y favorecer el debate. En realidad, cuando más y mejor cumple esta función es cuando conduce a una situación de agitación, cuando crea insatisfacción ante las condiciones vitales, o incluso cuando provoca

enfado" (*Terminiello vs. Chicago*, 1949) [...]. En realidad sería contradictorio afirmar al mismo tiempo que "si la opinión del orador resulta provocadora o chocante, entonces ello es una razón para que sea merecedora de protección constitucional" (Juez Stevens, discrepando en *FCC vs. Pacifica Foundation*, 1978) y que el gobierno puede impedir la manifestación de ideas desagradables sobre la base, no demostrada, de que ese carácter desagradable o provocador generará violencia.

6. En realidad no hemos autorizado al gobierno a presumir que toda manifestación de ideas provocadoras incita al desorden, al contrario hemos exigido que tenga en cuenta, con un examen muy atento, las circunstancias reales que rodeaban tal o cual expresión, y que se pregunte si "la expresión realmente está destinada a causar una acción ilegal inminente, o a incitar a ella, y si tiene fuertes posibilidades de hacerlo" (*Brandenburg vs. Ohio*, 1969, en relación con una reunión del *Ku Klux Klan*). Si aceptásemos los argumentos del estado de Texas, conforme a los cuales sólo tiene que afirmar que existe un riesgo potencial para el orden público y que toda quema de bandera tiene necesaria y automáticamente este carácter, entonces la consecuencia sería privar de sentido la doctrina de *Brandenburg*. No podemos aceptarlo.

La conducta del señor Johnson ni siquiera entra en la categoría de "palabra agresiva" [*fighting words*], que al ser pronunciadas o publicadas "tienen grandes posibilidades de provocar en el ciudadano medio represalias, causando por ello desórdenes públicos" (*Chaplinsky vs. New Hampshire*, 1942). Ninguna persona razonable que hubiese presenciado la manifestación de descontento y protesta contra el gobierno federal que llevó a cabo Johnson la hubiese considerado como un insulto personal directo o como una invitación a intercambiar puñetazos [...]. Por tanto, consideramos que en este asunto no está en juego el interés del Estado en el mantenimiento del orden público. Texas no debe preocuparse, porque nuestra sentencia no le impedirá proteger el orden público. No estamos sugiriendo que la 1.ª enmienda impide al Estado prohibir o evitar una "acción ilegal inminente" (*Brandenburg vs. Ohio*, 1969). En realidad, el estado de Texas ya dispone de una Ley que prohíbe especí-

ficamente las alteraciones del orden público (el Código Penal de Texas, Ann. Parágrafo 42.01, 1989), y ello confirma que para mantener el orden público no tiene necesidad de castigar la profanación de la bandera (*Boos vs. Barry*, 1988).

7. Texas alega también un interés en la protección de la bandera como símbolo de nuestra existencia como nación y como expresión de la unidad nacional. En el asunto *Spence vs. Washington* (1974) dijimos que el interés de un Estado en proteger el valor simbólico característico de la bandera "debe estar en relación con la libre expresión en el contexto de una conducta determinada", como entonces era añadir un símbolo pacifista a la bandera de la nación. Estamos convencidos de que este interés está relacionado con la libre expresión en el caso que ahora nos ocupa. El estado de Texas parece estar preocupado porque la acción de Johnson hará a la gente creer o bien que la bandera ya no representa nuestra existencia como nación y la unidad nacional, sino que representa otras cosas, o bien que las nociones que simboliza la bandera, no existen en realidad, es decir, que no somos una unidad nacional. Estas preocupaciones sólo se manifiestan cuando una persona transmite o expresa un mensaje quemando la bandera y, por consiguiente, están relacionadas con la privación del derecho a la libre expresión en el sentido de la doctrina *O'Brien*. De manera que a este caso no se aplican los principios de *O'Brien* [...].
8. Resta por determinar si el interés del Estado en la protección de la bandera como símbolo de la nación y de la unidad nacional justifica la condena del señor Johnson [...]. Texas alega que ese interés tiene entidad suficiente para superar todos los *test* del control jurisdiccional, y cita muchos precedentes en los que se hace un repaso al papel histórico y simbólico de la bandera en nuestra nación, el argumento del Estado no es sólo que esté legitimado para mantener y defender ese papel simbólico, sea cual sea dicho papel. Porque si tal fuera el papel del Estado, no se entendería cómo una acción tan fuertemente simbólica como la del señor Johnson pondría en peligro el valor de la bandera. En realidad lo que alega Texas es que puede y debe proteger la bandera como símbolo de nuestra existencia nacional y de la unidad de la patria, dándole a este símbolo unos determina-

dos contenidos. De modo que, conforme a este argumento, si alguien maltrata la bandera de manera que se pueda dudar de que es el símbolo de la unidad nacional, o de que dicha unidad exista en realidad, entonces el mensaje que se pretende transmitir es peligroso y puede ser prohibido.

9. Si hay una idea o principio fundamental que cimienta la 1a. enmienda es que el gobierno no puede válidamente prohibir la expresión o difusión de una idea sólo porque la sociedad la considera ofensiva o desagradable [...]. Ni siquiera cuando la bandera nacional estaba en jaque hemos admitido excepciones a este principio. En *Street vs. New York* (1969) dijimos que un Estado no puede incriminar penalmente a una persona por criticar a la bandera. Entonces llegamos a la conclusión siguiente: rechazamos que se pueda imponer ninguna condena basándose en que el señor Street no pudo “demostrar su respeto a nuestro símbolo nacional, respeto que puede legítimamente exigir a todo ciudadano”, y con cita de *Barnette* (1943), finalizamos señalando: “El derecho constitucionalmente garantizado a ser intelectualmente diferente o a discrepar, así como a no estar de acuerdo con lo que representa el núcleo del orden establecido, incluye el derecho a expresar públicamente la propia opinión sobre la bandera nacional, incluyendo naturalmente las opiniones provocadoras o despreciativas”. También dijimos que el gobierno no puede obligar a nadie a comportarse de manera que manifieste respeto hacia la bandera: en *Barnette* (1943) dijimos: “Para afirmar la validez constitucional del saludo y promesas obligatorios deberíamos reconocer que la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) permite a los poderes públicos obligar a las personas a expresar aquello que en realidad no piensan o no creen.

10. Al decir, en *Barnette*, que la Constitución veda tal posibilidad a las autoridades, el juez Jackson se refería a uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad en unos términos que justifican su cita tan frecuente: “Si hay alguna estrella inamovible en nuestra constelación constitucional es que ninguna autoridad pública, tenga la jerarquía que tenga, puede prescribir lo que sea ortodoxo en política, religión, nacionalismo u otros posibles ámbitos de la opinión de los ciudadanos, ni obligarles a ma-

nifestar su fe o creencia en dicha ortodoxia, ya sea de palabra o con gestos” [...].

11. La interpretación que el estado de Texas da a la conducta del señor Johnson no tiene en cuenta lo esencial de nuestra jurisprudencia: el gobierno no puede válidamente prohibir a una persona ejercer su derecho a la libre expresión únicamente porque no está de acuerdo con su contenido, pero ello no depende de la manera concreta con la que se ha elegido manifestar o transmitir el mensaje. Si decimos que un Estado está habilitado para prohibir quemar una bandera cada vez que ello atente contra su valor y función simbólica, pero en cambio puede permitir esta misma acción cuando se preserve dicho valor (por ejemplo, si alguien quema solemnemente una bandera sucia o rota), entonces estaríamos diciendo que en caso de atentado contra la integridad física de la bandera ésta sólo se puede utilizar como símbolo en un solo sentido, de este modo permitiríamos al Estado establecer un dogma, a saber: que se podría legítimamente quemar la bandera para manifestar una opinión hacia ella y hacia lo que representa, pero sólo con la condición de no atentar contra la bandera en tanto que símbolo de la unidad de la nación.

XL. PERÚ⁷²

XLI. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PERÚ

La Constitución peruana, en su artículo 1o., establece: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”. Por otro lado, el artículo 2o. previene “toda persona tiene derecho”:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

⁷² Los artículos citados sobre los derechos fundamentales en el Perú, fueron tomados de la Constitución Política de este país.

2. A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.
3. A la libertad de conciencia y religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral o altere el orden público.
4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.
5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.
6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.
7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.
8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.
9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.
10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.
12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.
13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.
14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.
15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.
16. A la propiedad y a la herencia.
17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación. Los ciudadanos tienen, conforme a la ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.
18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional.

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.
 Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.
20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.
 Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.
21. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República.
22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.
23. A la legítima defensa.
24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:
- Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
 - No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.
 - No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.
 - Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.
 - Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.
 - Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición

del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

- Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.
- Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.
- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

XLII. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO⁷³

Artículo 201. El Tribunal constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

⁷³ Los preceptos reguladores del Tribunal constitucional peruano, se tomaron de la Constitución política de este país.

Para ser miembro del Tribunal constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

XLIII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 202. Corresponde al Tribunal constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de *Habeas corpus*, amparo, *habeas data*, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a la ley.

Artículo 204. La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

Ahora nos ocuparemos del análisis de dos sentencias emitidas por el Tribunal constitucional peruano, relativas a dos derechos fundamentales entendidos como principios.

XLIV. SENTENCIA SOBRE EL DERECHO

CONSTITUCIONAL A GOZAR DE UN MEDIO AMBIENTE

EQUILIBRADO Y ADECUADO AL DESARROLLO DE LA VIDA⁷⁴

Resolución del Tribunal constitucional peruano de 20 de abril de 2007, en el Exp. No. 1206-2005-PA/TC Loreto. En el recurso extraordinario

⁷⁴ Esta sentencia se obtuvo de la publicación del Tribunal constitucional de Perú denominada *Gaceta del Tribunal constitucional*, <http://gaceta.tc.gob.pe/>.

interpuesto por la Asociación de Promotores de Salud del Vicariato San José del Amazonas, "Blandine Masicote Perú", representada debidamente por don Abraham Vilchez Muñoz, contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto, de fojas 422, de fecha 16 de diciembre de 2004, que declara infundada la demanda de autos.

Como antecedentes relevantes del caso, se cita que el 14 de abril de 2004, el recurrente interpuso una demanda de amparo contra el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) y el Gobierno Regional de Loreto, solicitando la suspensión de los concursos públicos de concesiones forestales convocadas y se excluyera a la cuenca del Mazán, zonificada como bosque de producción permanente, de los mencionados concursos, por considerar que dichos actos constituyen una amenaza cierta e inminente de su derecho constitucional a un medio ambiente equilibrado y adecuado; solicita, asimismo, que se realicen los estudios para evaluar el impacto de tales actividades forestales.

Mediante Resolución Suprema No. 262, de 10 de junio de 1965, el Ministerio de Agricultura declaró Zona Reservada para el Estado el sistema hidrográfico del río Mazán; que, posteriormente, mediante Resolución Ministerial No. 1349-2001-AG, de 27 de diciembre de 2001, se aprobó la creación de bosques de producción permanente en el departamento de Loreto, delimitando, mediante Decreto Supremo No. 037-2003-AG, de 10 de noviembre de 2003, las unidades de aprovechamiento en las cuencas del Mazán y Tacshacuracay; y que ello se había hecho sin considerar la afectación que podría causar a los pueblos indígenas de la zona al no haberse realizado los estudios de impacto ambiental, ni haberse considerado la reserva de protección existente, amenazando, por ende, su derecho constitucional al goce de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

El Procurador Público del Gobierno Regional de Loreto dedujo las excepciones de falta de legitimidad para obrar, de oscuridad en el modo de proponer la demanda y de falta de agotamiento de la vía administrativa. Al contestar la demanda solicitó se declarara infundada, argumentando que la cuenca del Mazán ha sido zonificada por INRENA como bosque de producción permanente, y que no existe documento alguno que acredite que dicha cuenca se haya reconocido a comunidad nativa, campesina o ribereña alguna.

Asimismo, la declaración de zona reservada es una facultad del Estado, y que, habiendo éste emitido resoluciones y la determinación de planes de desarrollo integral, los cuales no son incompatibles con las unidades a ser dadas en concesión, se descarta la amenaza de los derechos constitucionales invocados.

1. Pretensión de la parte inconforme

Que se ordene a los emplazados dejar de clasificar a la cuenca del Mazán como *bosque de producción permanente*, y, en consecuencia, se suspendan los concursos públicos de concesiones forestales convocados por INRENA, por considerar tal situación como una amenaza cierta e inminente de su derecho constitucional a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado.

2. Argumentos en juego

El Tribunal constitucional peruano, en algunas resoluciones, ya se había pronunciado sobre el contenido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, en los expedientes 018-2002-AI/TC y 048-2004-AI/TC; en esas sentencias, a partir de una interpretación del artículo 2, inciso 22, de la Constitución, estableció que el derecho fundamental referido se encontraba configurado por los siguientes elementos: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado y, 2) el derecho a que dicho ambiente se preserve.

3. Objeto de análisis

La Asociación demandante sostuvo que el ecosistema de la cuenca del Mazán se encuentra amenazado por las concesiones que se vienen otorgando, ya que la explotación de los recursos madereros afectará inevitablemente el sistema hidrográfico de la referida cuenca, alejando las especies acuíferas de la zona.

4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. El principio de prevención como defensa del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, garantiza

que se tomen las medidas necesarias a fin de evitar que los daños al ambiente se generen o que, en caso se lleguen a producir, la afectación sea mínima. Es decir que, frente a un posible daño ambiental, se deben adoptar las medidas destinadas a prevenir afectaciones al ambiente.

2. La “cristalización” de este principio se encuentra en la acción que el Estado debe adoptar para prevenir un daño al medio ambiente que, en la actualidad, es potencial.
3. Este principio de prevención se desprende de la faz prestacional inherente al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, lo que ha sido concretizado por el legislador ordinario; en tal sentido, es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial en la realización de una actividad económica. Más aún, el principio de prevención obliga al Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente.

XLV. LAS SENTENCIAS DE PRINCIPIO EN EL MARCO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO⁷⁵

Ahora analizaremos la sentencia dictada en el expediente 004-2004-CC/TC, dictada el 31 de diciembre de 2004, la cual deriva de un conflicto competencial planteado por el Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo en el Perú.

Como antecedentes relevantes del caso, se puede citar que el 20 de octubre de 2004, el Poder Judicial interpuso una demanda de conflicto de competencia contra el Poder Ejecutivo, aduciendo que éste había invadido sus competencias en materia presupuestaria al presentar el “Proyecto de Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el

⁷⁵ Esta sentencia se obtuvo de la publicación del Tribunal constitucional de Perú denominada *Gaceta del Tribunal constitucional*, <http://gaceta.tc.gob.pe/>. De esta sentencia se tomaron los fragmentos más significativos para ilustrar esta investigación.

año 2005" al Congreso de la República excluyendo el monto total que presentó el Poder Judicial conforme al artículo 145 de la Constitución.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, el 15 de julio de 2004, había aprobado el proyecto de presupuesto del Poder Judicial para el año fiscal 2005 con dos componentes: a) el presupuesto realizado según las especificaciones de la Directiva No. 011-2004-EF/76.01, por 638 595 000.00 nuevos soles y b) una demanda adicional de recursos financieros necesarios para atender otros gastos institucionales, ascendentes a la suma de 354 407 826 nuevos soles; que, con fecha 26 de agosto de 2004, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial confirmó la aprobación del referido presupuesto, que ascendió a 993 002 826 nuevos soles; y que, el 27 de agosto de 2004, el Poder Judicial solicitó al Presidente del Consejo de Ministros la remisión de dicho presupuesto al Congreso de la República.

El 30 de agosto de 2004, el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso de la República el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005" (P/L No. 11290/2004-PE), en el cual, atribuyéndose una competencia que no le corresponde, decidió no incluir el proyecto presentado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, reemplazándolo por un proyecto distinto, ascendente a la suma de 645 306 905 nuevos soles.

1. Pretensión de la parte inconforme

El demandante (Poder Judicial) en relación con el artículo 145 de la Constitución, el cual dispone que el Poder Judicial presentará su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustentará ante el Congreso, que el ejercicio de esta competencia requiere que el Poder Ejecutivo incluya en el proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público el proyecto de presupuesto que el Poder Judicial le remite. Añadiendo que el hecho de que el Poder Ejecutivo pueda variar el proyecto del Poder Judicial y presentar al Congreso uno sustituto, lo cual conduciría al absurdo de que, en su oportunidad, el Poder Judicial sustentara ante el Congreso de la República un proyecto ajeno.

2. Argumentos en juego

Por su parte, el Poder Ejecutivo sostuvo que no existe norma constitucional que consagrara el principio de autonomía presupuestaria del

Poder Judicial; en consecuencia el artículo 145 citado no consagra la competencia aducida por el Poder Judicial.

3. Objeto de análisis

En el caso, el Tribunal constitucional analizó si a partir del artículo 145 de la Constitución era posible determinar si la Constitución consagra, o no, la competencia alegada a favor del Poder Judicial y por tanto, cuestionar si ¿debe el Poder Ejecutivo respetar el presupuesto que le presenta el Poder Judicial, no modificarlo e incorporarlo al proyecto general del presupuesto del Estado y remitirlo al Congreso de la República para su discusión y aprobación final?

4. Observaciones sustanciales de la sentencia

El Tribunal constitucional peruano, acerca de la actividad presupuestal, determinó que ésta se rige por los once principios siguientes:

1. Principio de legalidad, previsto en el artículo 78 de la Constitución, el cual establece una reserva de ley respecto al instrumento normativo viabilizador de su vigencia; ello implica que sólo mediante un dispositivo de dicho rango se puede aprobar o autorizar la captación de los ingresos fiscales y efectuar los gastos de la misma naturaleza. Por consiguiente, sin la previa existencia de una Ley de Presupuesto, es jurídicamente imposible proceder a la ejecución presupuestal.
2. Principio de competencia, previsto en los artículos 78, 79, 80, 160 y 162 de la Constitución, y en la Tercera Disposición Final de la Ley No. 28301, que delimita la esfera de actuación y funciones de las instituciones del Estado en el inicio del proceso que culmina con la promulgación de la Ley de Presupuesto.
3. Principio de justicia presupuestaria, está contemplado en los artículos 16 y 77 de la Constitución, el cual dispone que la aprobación o autorización para la captación de ingresos y la ejecución de gastos supone un compromiso con la consagración de valores comunitarios y la construcción del bien común. De allí que los fines estatales previstos en el texto fundamental

- de la República se constituyan en la razón de ser y en el sentido de la actividad presupuestal.
4. Principio de equilibrio financiero, previsto en el artículo 78 de la Constitución, mismo que establece: el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país.
 5. Principio de unidad, establecido en el artículo 77 de la Constitución, el cual señala: el presupuesto debe incluir la totalidad de los recursos y gastos considerados para un ejercicio presupuestal dentro de un solo y único texto normativo.
 6. Principio de exactitud, dispuesto en el artículo 77 de la Constitución, y que impone consignar la totalidad de los recursos y gastos fiscales en atención al verdadero y real rendimiento de las fuentes de percepción de renta estatal, constituyéndose en la descripción cabal de las funciones y servicios que efectuará el órgano ejecutivo en su condición de responsable de la administración.
 7. Principio de anticipación, consagrado en los artículos 78 y 80 de la Constitución, que presupone la obligación de que la Ley de Presupuesto sea aprobada con anterioridad a su ejecución, y que, para ello, el Estado programe financiera y administrativamente sus actividades y proyectos, en atención a determinadas y preestablecidas metas y proyectos.
 8. Principio de anualidad, establecido en el artículo 77 de la Constitución, y por el cual la ejecución presupuestal debe realizarse dentro de un plazo preciso, determinado y extinguido de un año calendario; es decir, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre.
 9. Principio de programación, contemplado en el artículo 77 de la Constitución, que señala la obligatoriedad de la determinación de las metas previstas del gasto público para el desarrollo nacional. Dicho principio supone la necesidad de exponer las políticas de acción gubernamental que deberán ejecutar las entidades públicas en cada ejercicio presupuestal.
 10. Principio de estructuración, establecido en el artículo 77 de la Constitución, que establece que la configuración de la Ley del Presupuesto se sujeta a dos ámbitos: el gobierno central y las instancias descentralizadas que comprenden el universo de

órganos y organismos dotados de autonomía (Banco Central de Reserva, Tribunal constitucional, etc.).

11. Principio de no afectación, previsto en el artículo 79 de la Constitución, que señala como regla general que los recursos del Estado deben formar una única argamasa económica, tornando indistinguible el origen de su procedencia a fin de que sean utilizados para cubrir la totalidad de los gastos.

XLVI. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

XLVII. LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Al igual que en el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Americana fue vista inicialmente como un documento sin poder vinculante para los Estados. Al paso de los años y bajo una atenta reflexión favorable a la tutela del ser humano, esa percepción ha cambiado.⁷⁶

De la declaración regional provendría la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José en homenaje a la ciudad en donde fue aprobada y suscrita, el 22 de noviembre de 1969. Nuestro país también ha ratificado este instrumento, pieza capital del sistema protector de los derechos humanos en América. El pacto fue complementado con dos protocolos: uno de San Salvador, relativo a derechos económicos, sociales y culturales, y otro relativo a la abolición de la pena de muerte. México no ha suscrito este protocolo. Asimismo en la misma línea tutelar de los derechos humanos se han celebrado varios convenios regionales sobre temas específicos, como la igualdad de la mujer y el varón, tortura, desaparición forzada, prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer y eliminación de la discriminación contra las personas con discapacidad.

El acuerdo para el establecimiento de la Comisión Americana de Derechos Humanos se dio en 1959, que ha sido el primer órgano

⁷⁶ Sergio García Ramírez y Mauricio Iván del Toro Huerta, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001, p. 3.

tutelar dentro del sistema interamericano, la Convención Americana, se suscribió en 1969 y la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo lugar en San José de Costa Rica en 1979, cuyo precedente más estimable y orientador es la Corte Europea de Derechos Humanos, creada con sustento en una convención sobre esta materia en 1950.⁷⁷

XLVIII. EL ESTADO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos “está concebida como una institución judicial del Sistema Interamericano”.⁷⁸

Como órgano judicial instituido por los Estados americanos para la protección de los derechos humanos en el continente, su organización procedimiento y función se encuentran regulados en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Cuenta con un Estatuto de 1979, año de su instalación, y un Reglamento expedido por la propia Corte. Existe un nuevo Reglamento aprobado el 24 de noviembre de 2000, durante el XLIX Periodo Ordinario de Sesiones de la Corte, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000, y con vigencia a partir del 1 de junio de 2001.

La Convención Americana confiere a la Corte Interamericana una doble competencia, como ha sucedido en el caso de otros órganos de la jurisdicción internacional. Por un lado, la Corte puede atender consultas de los Estados miembros de la OEA, así como de diversos órganos de ésta, señaladamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que desahoga a través de opiniones consultivas, dotadas de gran fuerza moral y jurídica, aunque no sean inmediatamente vinculantes en los términos característicos de una sentencia.⁷⁹

A través del ejercicio de su competencia consultiva, la Corte ha examinado un haz de temas relevantes, que han permitido esclarecer diversas cuestiones de derecho internacional americano vinculadas con el Pacto de San José, tales como:⁸⁰

⁷⁷ *Ibidem*, p. 4.

⁷⁸ Sergio García Ramírez y Mauricio Iván del Toro Huerta, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 6.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 7.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 8.

- El término “otros tratados”, objeto de la función consultiva de la Corte.
- El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana.
- Las restricciones a la Pena de Muerte.
- La propuesta de modificaciones a la Constitución política de un Estado Parte.
- La Colegiación obligatoria de los periodistas.
- La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención.
- La exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta.
- El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, las garantías judiciales en estados de emergencia.
- La interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención.
- Las excepciones al agotamiento de los recursos internos.
- La compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2H de la Convención.
- Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco de los artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana.

XLIX. SENTENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES CONSAGRADO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL⁸¹

Corresponde ahora analizar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual también es considerada un verdadero Tribunal constitucional “transnacional”, por ejercer jurisdicción y competencia dentro de los países integrantes del bloque americano.

Dentro de los casos contenciosos, es decir, donde ha existido una sentencia de fondo, la cual declara la responsabilidad internacional de

⁸¹ Esta sentencia puede ser consultada en la página electrónica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=4.

un determinado Estado, tenemos el relacionado con Alfonso Martín del Campo Dodd, emitida el tres de septiembre de dos mil cuatro, en contra del Estado mexicano. Como antecedentes relevantes se puede citar que, el 30 de enero de 2003, la Comisión Interamericana sometió a la Corte una demanda contra México, que se originó en la denuncia No. 12.228, recibida en la Secretaría de la Comisión el 13 de julio de 1998.

Entre los hechos destacados se mencionan que el 16 de diciembre de 1998, fecha en la cual México reconoció la competencia contenciosa de la Corte, el señor Alfonso Martín del Campo Dodd (en adelante "Alfonso Martín del Campo", "Martín del Campo" o "la presunta víctima") se hallaba arbitrariamente privado de libertad y seguía en la misma condición hasta la interposición de la demanda. La Comisión señaló que la presunta víctima "fue detenida ilegalmente el 30 de mayo de 1992 y sometida a torturas por agentes de la Policía Judicial del Distrito Federal de México, con el fin de hacerle confesar su autoría del doble homicidio de su hermana Patricia Martín del Campo Dodd, y de su cuñado, Gerardo Zamudio Aldaba". La Comisión manifestó que "dicha confesión es el único sustento de la condena a 50 años de prisión que le fue impuesta por el Poder Judicial de México".

La Comisión Interamericana también señaló que la presunta víctima planteó la ilegalidad de su detención ante los tribunales mexicanos después de que México había reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, pero que los recursos fueron "manifiestamente inefectivos". En este sentido, la Comisión indicó que el 5 de abril de 1999 el señor Martín del Campo presentó ante el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal un incidente de reconocimiento de inocencia "fundado, entre otros elementos contundentes, en un informe de la propia Contraloría Interna de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal de México, que estableció la responsabilidad por la detención ilegal y la tortura cometida por uno de los policías que intervino en los hechos mencionados".

Al respecto, la Comisión expresó que "los tribunales no respondieron al reclamo del señor Alfonso Martín del Campo con la debida diligencia, ni con la efectividad que imponen las obligaciones derivadas de la Convención Americana"; que "el Poder Judicial nunca inició una investigación completa para identificar a todos los agentes que infligieron la tortura"; que "nadie ha sido procesado ni castigado

judicialmente por tales violaciones"; y que "los tribunales mexicanos no anularon la confesión obtenida bajo tortura, ni las sentencias que se sustentan sobre este grave hecho, como lo requieren las normas del sistema interamericano de derechos humanos".

La Comisión solicitó a la Corte el establecimiento de la responsabilidad internacional del Estado y declarar la violación de los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, así como el incumplimiento de las disposiciones del artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de dicho tratado, en perjuicio del señor Alfonso Martín del Campo. Asimismo, declarar que el Estado es responsable por la violación de los artículos 6, 8 y 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de la presunta víctima.

Una vez desahogados los trámites y realizada la contestación del Estado mexicano, entre lo que destaca la negación de la violación de los derechos humanos en perjuicio de la víctima; ante lo cual la Comisión Interamericana decidió presentar la demanda ante la Corte; el Estado mexicano opuso como una excepción preliminar, el hecho de que se trataba de juzgar hechos anteriores al 16 de diciembre de 1998, fecha en la cual México había aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte.

Consideraciones esenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. El Estado interpuso, en primer lugar, la excepción preliminar de incompetencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana, para que en el caso no se conocieran hechos anteriores a la fecha en que reconoció la competencia contenciosa del Tribunal.
2. En el caso de México, éste reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 16 de diciembre de 1998, en el entendido de que conforme a lo dispuesto en el artículo 62 de la Convención Americana, ella "solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de la declaración, por lo que no tendría efectos retroactivos".
3. La decisión de la Corte no juzgaba en lo absoluto acerca de la existencia o inexistencia de tortura contra el señor Alfonso Martín del Campo, sino se sustentaba única y exclusivamente

en consideraciones jurídicas derivadas de las reglas sobre competencia del Tribunal, cuya inobservancia implicaría exceso en el ejercicio de facultades acotadas por la Convención y generaría inseguridad jurídica.

4. Al ejercer la función de protección que le atribuye la Convención Americana, la Corte busca un justo equilibrio entre los imperativos de protección, las consideraciones de equidad y de seguridad jurídica, como se desprende claramente de la jurisprudencia constante del Tribunal.
5. La Corte estimó que debería aplicarse *el principio de la irretroactividad de las normas internacionales consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en el derecho internacional general*, y de acuerdo con los términos en que México reconoció la competencia contenciosa de la Corte, acoge la excepción preliminar "*ratione temporis*" interpuesta por el Estado para que la Corte no conozca supuestas violaciones a la Convención Americana ni a la Convención Interamericana contra la Tortura ocurridas antes del 16 de diciembre de 1998 (*supra* párr. 57) y declarar, en consecuencia, que no le competía a la Corte analizar la segunda excepción preliminar.

L. SENTENCIA SOBRE LA LIBERTAD
DE PENSAMIENTO Y EXPRESIÓN;
Y LAS LIBERTADES DE CONCIENCIA Y RELIGIÓN
(CASO LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO)⁸²

Ahora nos ocuparemos de un caso muy famoso resuelto por la Corte Interamericana, sobre la película "La última tentación de Cristo" (caso Olmedo Bustos y otros), en contra del Estado chileno, cuya resolución se dictó el 5 de febrero de 2001.

Como antecedentes relevantes, se encuentra que el 3 de septiembre de 1997 la Comisión recibió en su Secretaría una denuncia interpuesta por la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G., en representación de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías

⁸² Esta sentencia puede ser consultada en la página electrónica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=4.

Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes y "del resto de los habitantes de la República de Chile". La Comisión comunicó la denuncia al Estado y le solicitó que presentara la información correspondiente en un plazo de 90 días.

El 15 de enero de 1999 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra la República de Chile, la cual se originó en la denuncia (No. 11.803) recibida en la Secretaría de la Comisión el 3 de septiembre de 1997. En su demanda, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 32 y siguientes del Reglamento.

La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte de Chile, de los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 12 (Libertad de Conciencia y de Religión) de la Convención. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que, como consecuencia de las supuestas violaciones a los artículos mencionados, declarara que Chile incumplió los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma.

Según la demanda, dichas violaciones se habrían producido en perjuicio de la sociedad chilena y, en particular, de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, como resultado de la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película La última tentación de Cristo confirmada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile el 17 de junio de 1997.

Por ser el Estado chileno un integrante de la Convención Americana, la Corte se declaró competente para conocer del caso.

Consideraciones esenciales de la Corte.

1. En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social.

2. Sobre la dimensión individual, la Corte resolvió que la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.
3. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.
4. La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada.
5. El artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos, pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.
6. En el presente caso, se probó que en Chile existía un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película "La última tentación de Cristo" y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años. Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996 debido a un recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres

Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, "por y en nombre de [...] Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos"; decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Por tanto, la prohibición de la exhibición de la película "La última tentación de Cristo" constituyó una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención.

7. A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declaró que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, 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.

LI. SOBRE LAS LIBERTADES DE CONCIENCIA Y RELIGIÓN

Consideraciones fundamentales de la Corte, respecto de estos derechos.

1. Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película "La última tentación de Cristo" no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias.
2. Por todo lo expuesto, la Corte concluyó que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana.

Incumplimiento de los artículos 1.1 y 2 obligación de respetar los derechos y deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

1. La Corte advirtió que, de acuerdo con lo establecido en la sentencia, el Estado violó el artículo 13 de la Convención Americana 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, por lo que el mismo ha incumplido el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquélla y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el artículo 1.1 de la Convención.
2. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19, núm. 12, de la Constitución Política y Decreto Ley núm. 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.
3. En consecuencia, la Corte concluyó que el Estado chileno había incumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
4. En cuanto al reembolso de los gastos, al Tribunal correspondía apreciar prudentemente su alcance, que comprende los gastos por las gestiones realizadas por las víctimas ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano de protección. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad.⁸³
5. A este efecto, la Corte, sobre una base equitativa, estimó dichos gastos en una cantidad total de US\$ 4.290 (cuatro mil doscientos noventa dólares de los Estados Unidos de América), pago

⁸³ Cfr. Caso Suárez Rosero, *supra* nota 22, párr. 92.

que será efectuado a quien corresponda, por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Puntos resolutivos del fallo.

1. Declaró 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.
2. 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. 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. El Estado debería 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 debería rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.
5. Decidió, por equidad, que el Estado deberá 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. También decidió que supervisaría el cumplimiento de la Sentencia y sólo después daría por concluido el caso.

El juez Cançado Trindade hizo conocer a la Corte su Voto Concurrente y el juez De Roux Rengifo su Voto Razonado, los cuales acompañaron a la Sentencia.

LII. CASOS RESUELTOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

LIII. DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD AMENAZADO POR VECINOS⁸⁴

En la sentencia T-375/96, la Corte conoció de la acción de tutela interpuesta por varios habitantes de un barrio marginal de Ibagué—integrantes de una asociación comunitaria dedicada a la autogestión del servicio de acueducto— contra algunos vecinos que vivían cerca de las fuentes de agua que utilizaban. Los demandados habían saboteado repetidamente las mangueras de paso del agua, a pesar de que los demandantes poseían un permiso para la prestación del servicio. Aunque sobre el predio de los demandados no se había establecido una servidumbre de acueducto—esto es, no se había pactado ni se había establecido judicialmente la obligación de los demandados de permitir la instalación de las mangueras— no existía un terreno alternativo donde éstas pudieran ser instaladas.

La Corte examinó el siguiente problema: ¿el hecho de no haberse constituido la servidumbre de acueducto implica que los demandantes no pueden transportar el agua y gestionar la prestación del servicio? Para esa corporación, aunque la acción de tutela no era la vía adecuada para obtener el reconocimiento o la efectividad de un derecho de servidumbre, la evaluación concreta del caso estudiado demostraba que la actitud de los vecinos demandados, quienes se encontraban en una posición ventajosa por su ubicación en relación con la fuente de agua, vulneraba los derechos a la salud y a la vida de varias familias que se veían forzadas a consumir agua de fuentes

⁸⁴ José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996*, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Colombia y Siglo del Hombre Editores, 1998, p. 51.

inadecuadas, a pesar de tener una licencia oficial para no explotar la fuente de agua potable.

Para la Corte, en casos como el descrito el juez constitucional debía proteger los derechos amenazados o vulnerados, prescindiendo del resultado administrativo o judicial de una controversia sobre los derechos legales sobre los terrenos involucrados.

En consecuencia, otorgó la tutela como medida transitoria mientras se decidía por la vía legal pertinente la imposición de la servidumbre de acueducto.

LIII. DERECHO A LA IGUALDAD⁸⁵

En 1996, como en los años anteriores de la Corte, el derecho a la igualdad fue el tema más recurrente en las sentencias de esa corporación. Esto se debe a que los conflictos de igualdad se presentan en sectores muy diversos de la jurisprudencia, tales como la seguridad social, el trabajo y la educación. Por esta razón, algunos de los fallos sobre este tema aparecen dispersos en diferentes apartados de la presente crónica. En esta sección se exponen las decisiones en las que el argumento central de la Corte giró alrededor del derecho a la igualdad. En algunas de ellas, como se verá, la Corte consolidó el llamado *test de igualdad* como herramienta de análisis de los casos sobre este derecho.

LIV. IGUALDAD ENTRE GÉNEROS.

IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL ÁMBITO PROFESIONAL⁸⁶

Mediante sentencia T-026/96, la Corte conoció de la acción de tutela interpuesta por un hombre que desempeñaba el cargo de auxiliar de servicios varios en la Casa Cultural del municipio de Yumbo (Valle), del cual fue retirado porque, de acuerdo con la resolución de despido, “en un futuro lo debería desempeñar una mujer”.

⁸⁵ José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996*, op. cit., p. 52.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 52.

El actor consideró que el despido violó su derecho a la igualdad, en tanto las tareas de aseo, mantenimiento y cuidado de las instalaciones podían ser realizadas tanto por un hombre como por una mujer.

La Corte decidió conceder la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el presente caso, anotó la Corte, se apreciaba un conflicto entre, de un lado, el derecho a la igualdad que proscribe cualquier discriminación en razón del sexo y, del otro, la libertad de empresa, bajo la cual se considera que determinadas actividades económicas deben ser ejecutadas por trabajadores de un sexo determinado. Como quiera que no existe un catálogo cerrado que identifique las actividades en que el sexo resulte ser condición necesaria para el desempeño de la labor, continuó el Alto Tribunal, es necesario formular criterios para distinguir los casos en que la exclusión de sexos es legítima, de aquellos otros en que no lo es.

LV. IGUALDAD ENTRE HETEROSEXUALES Y HOMOSEXUALES EN RELACIÓN CON LAS UNIONES MARITALES DE HECHO⁸⁷

Mediante sentencia C-098/96, la Corte decidió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los artículos 1 y 2 de la Ley 54/90, que definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre parejas heterosexuales que conviven de manera permanente. El demandante consideró que estas normas violan, entre otros, el derecho a la igualdad de los homosexuales que conforman uniones permanentes, porque en relación con éstas no se reconoce la posibilidad de que se creen efectos patrimoniales.

La Corte declaró la constitucionalidad de estas normas argumentando que están dirigidas a proteger de manera inmediata a un grupo históricamente discriminado, los compañeros permanentes, y de manera mediata a la llamada familia natural, resultante no de un vínculo matrimonial sino de la decisión libre y responsable de un hombre y una mujer de conformarla. Para la Corte, el fondo del problema planteado en el caso radica no en la protección justificada por la Constitución al régimen patrimonial de estas parejas heterosexuales,

⁸⁷ José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996, op. cit.*, p. 54.

sino en el hecho de que la norma omite extender tal protección a las parejas homosexuales.

A juicio de la Corte esta omisión no significó discriminación hacia los homosexuales, básicamente por tres razones.

En primer lugar, porque las uniones maritales heterosexuales implican diferentes supuestos que las homosexuales, toda vez que las primeras, al conformar familia, son objetos explícitos de protección por parte de la Constitución, lo cual no se da necesariamente con las segundas.

Esta protección a las parejas heterosexuales resulta razonable por su posibilidad natural y corriente de procrear familia, lo cual no puede predicarse de la pareja homosexual.

En segundo lugar, el legislador no tiene la obligación de resolver simultáneamente todas las injusticias que han afectado a estos dos grupos discriminados — uniones libres de heterosexuales y de homosexuales—, ya que no resulta razonable que la solución de un grupo se supedite a la solución del otro, más aun cuando la ley no ha establecido ningún privilegio ilegítimo en favor del primero.

Finalmente, dijo la Corte, los artículos demandados no tienen como propósito lesionar a los homosexuales o impedir que se constituyan parejas homosexuales en ejercicio del derecho constitucional a la libre opción sexual.

Tres magistrados aclararon su voto —Cifuentes, Naranjo y Hernández— considerando que es pertinente que la ley establezca un régimen patrimonial para las uniones homosexuales, debido a que la idea de familia es una institución que ha ido evolucionando con el paso del tiempo. Por otra parte, el magistrado Hernández salvó su voto porque, aunque coincidía con la solución del fallo, discrepaba de sus motivaciones.

A su juicio, la constitucionalidad de las normas pudo haberse establecido con mayor facilidad toda vez que el concepto de pareja en la Constitución, en su opinión, sólo se refiere a la conformada por hombre y mujer.

El homosexualismo no es una cuestión regulada en la Carta, dijo, y mal podría considerársele como origen lícito de la familia si la esencia de ésta se encuentra en la procreación. Finalmente, concluyó, el legislador no incurrió en omisión alguna, pues lo que hizo fue plasmar en forma de ley el artículo 42 de la Constitución.

LVI. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. LIBRE EXPRESIÓN ARTÍSTICA⁸⁸

En la sentencia T-104/96, la Corte evaluó la acción de tutela interpuesta por un artista de Valledupar contra el Instituto de Cultura y Turismo de dicha localidad. El demandante argumentó que se había vulnerado su libertad de expresión, cuando el director del Instituto ordenó descolgar algunas de las obras cuya exposición había permitido, y que hacían alusiones expresas al erotismo, por considerarlos "pornográficos" y "atentatorios contra la moral".

La Corte, en primer término, distinguió en el derecho a la expresión artística dos aspectos: por una parte, el derecho de las personas a crear, proyectando artísticamente su pensamiento, el cual por su alcance netamente íntimo no admite restricciones de ninguna índole, salvo las impuestas por la técnica utilizada. Por otra, el derecho de dar a conocer las obras creadas, que implica la posibilidad que tiene toda persona para competir en igualdad de condiciones por un acceso a los medios públicos de difusión, y el derecho correlativo de la comunidad a apreciarlas y escoger libremente las que considere dignas de su aprobación o reprobación.

Este último aspecto, determinó la Corte, no puede estar viciado por la imposición previa de una determinada concepción estética amparada por el Estado, puesto que los actos de esta índole constituyen censura.

En este orden de ideas, la Corte estableció que, aunque en el caso concreto no se había afectado el primero de los elementos del derecho a la libre expresión artística del demandante, ello sí había ocurrido con el segundo, cuando el director de la Casa de la Cultura de Valledupar le impuso su particular concepción del arte, desconociendo el carácter pluralista del Estado colombiano y violentando asimismo el derecho del público a escoger las obras de su agrado.

Por ello, otorgó la tutela solicitada ordenando al director del Instituto someterse al trámite reglamentario para conceder las autorizaciones respectivas.

⁸⁸ José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996*, op. cit., p. 64.

LVII. LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN DE LOS RECLUSOS⁸⁹

En la sentencia T-706/96, la Corte se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta contra el director del INPEC, regional Occidente, y contra la directora de la Cárcel Regional de Mujeres de Cali, por cuanto en concepto del peticionario éstos habían vulnerado los derechos fundamentales de las reclusas a la información, al impedir la entrada a la cárcel de algunas publicaciones de naturaleza crítica contra las instituciones, por considerar que su contenido atentaba contra la paz el orden y la tranquilidad interna del establecimiento.

La Corte consideró que la restricción de los derechos fundamentales de los reclusos por parte de las autoridades carcelarias sólo es viable en cuanto esté orientada a hacer efectivos, bajo los principios y proporcionalidad, los objetivos de la reclusión, a saber, la resocialización del reo y la conservación del orden, disciplina y convivencia en las prisiones.

Así, al determinar que las autoridades sólo están facultadas para restringir el derecho fundamental a la información de los reclusos en la medida en que con tal restricción se busque conjurar una amenaza grave de alteración del orden interno, la Corte encontró inaceptable que publicaciones cuya circulación había sido autorizada por la autoridad competente se consideraran por sí solas de índole subversiva, por el solo hecho de ser de naturaleza crítica.

Al afirmar que el proceso resocializador del reo no puede estar orientado hacia la homogeneización de conciencias ni hacia el control de su pensamiento a través de la censura, estableció que los reclusos tienen derecho a expresar y contrastar sus opiniones particulares con la opinión pública, en aplicación de los principios de democracia y pluralismo; por ello, tuteló los derechos conculcados, libertad de expresión, de conciencia e información de los reclusos.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 65.

LVIII. CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD
DE INFORMACIÓN Y LA PROHIBICIÓN DE ACCESO
A DETERMINADOS DOCUMENTOS PÚBLICOS⁹⁰

Mediante la sentencia C-054/96, la Corte resolvió la demanda de inconstitucionalidad ejercida en contra de una parte del artículo 79 de la Ley 190/95, el cual, en sus partes demandadas, consagra, primero, que la decisión de negar el acceso a los documentos públicos debe ser siempre motivada en una disposición legal o constitucional, o en una norma que atribuya tal facultad de informar a un funcionario de superior jerarquía, y segundo, que ninguna de las disposiciones de la ley de la que el artículo demandado hace parte puede ser utilizada como medio para eximirse de las responsabilidades derivadas del periodismo. El demandante concibió este precepto como inconstitucional porque, en su opinión, la ley no debe coartar la participación de la sociedad civil en prácticas de control social sobre la moral pública, lo cual ocurre con la norma acusada al prohibir que los medios de comunicación tengan acceso a los documentos que forman parte de las investigaciones disciplinadas.

La Corte afirmó que nada obsta para que la ley, a fin de proteger intereses tutelados por la Constitución, señale que cierta información sólo pueda ser suministrada por un funcionario de determinada jerarquía, caso en el cual resulta obvio que el servidor público al que se le ha solicitado una información sin que él sea competente para suministrarla deba negar el acceso a la misma, señalando, eso sí, el funcionario de mayor jerarquía que esté habilitado para divulgarla. Ahora bien, agregó la Corte, establecer la obligación de dar publicidad a los documentos oficiales, salvo en aquellos casos en que exista reserva legal o constitucional, no es cuestión distinta que acatar el artículo 74 de la Constitución que establece que “todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”. Por último, concluyó el Alto Tribunal, consagrar que el acatamiento de las disposiciones legales no puede utilizarse como medio para eximirse de las responsabilidades propias

⁹⁰ José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996, op. cit.*, p. 65.

del periodismo, no es más que la ratificación de la responsabilidad constitucional que entraña el desempeño de tal actividad.

LIX. LIBERTAD RELIGIOSA DE CONCIENCIA
Y DE CULTO. LIBERTAD DE CONCIENCIA,
RELIGIOSA Y DE CULTO DE LOS MENORES ADULTOS
FRENTE AL DERECHO A LA VIDA⁹¹

En la sentencia T-474/96, la Corte evaluó la procedencia de la acción de tutela interpuesta contra algunos jefes de la iglesia Testigos de Jehová, por el padre de un menor adulto —de dieciséis años— que pertenecía a la misma y que, al acoger sus postulados, se negaba a recibir las transfusiones de sangre necesarias para continuar con un tratamiento médico del cual dependía su vida. Aunque el padre otorgó su autorización para continuar con el tratamiento, dijo que los demandados habían ejercido influencia sobre la decisión de su hijo, vulnerando con ello sus derechos a la salud y a la vida.

En primera medida la Corte afirmó que el ejercicio de transmisión de los fundamentos o principios de una religión determinada no constituyen ataques o agravios que, desde el punto de vista jurídico, sometan a los fieles a un estado de indefensión que haga procedente la acción de tutela. De esta forma el menor adulto es libre de acoger el credo religioso que considere más conveniente para sus necesidades espirituales, en ejercicio de su libertad de religión, de conciencia y de culto, así como del libre desarrollo de la personalidad, siempre que con su actuación de acuerdo con los principios o dogmas respectivos no atente contra su integridad, contra la de terceros o contra la de la comunidad en general.

Por ello, afirmó, la capacidad relativa del menor adulto para decidir sobre su credo no es suficiente para optar por una alternativa que ponga en serio peligro su salud. Bajo este espectro la Corte, aun cuando no concedió la tutela, ordenó al ISS proseguir con sus actuaciones médicas, por la primacía que en dicho caso extremo se otorgó al consentimiento del padre.

⁹¹ *Ibidem*, p. 66.

LX. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL
DE PARTICIPACIÓN FRENTE
AL FUNCIONAMIENTO DE LAS COOPERATIVAS⁹²

En la sentencia C-02 1/96, la Corte conoció la demanda de inconstitucionalidad promovida contra ciertos artículos de la Ley 79/88, que regula la estructura y el funcionamiento de las cooperativas, y en los cuales se establece la posibilidad de constituir delegados que representen a los asociados en los eventos en los cuales éstos no pudieran concurrir a las sesiones de la Asamblea General de la respectiva cooperativa. Además consagran la facultad de constituir, a través de los estatutos, una Asamblea General de Delegados que sustituya a la Asamblea General de Asociados cuando la convocatoria de ésta se dificulte por razones de número, domicilio o costos. El demandante consideró que los mencionados artículos vulneran el artículo 2 de la Constitución, por cuanto el mecanismo idóneo, en su concepto, para generar una real participación democrática en las cooperativas es la Asamblea General, conformada por todos los socios hábiles, y no la Asamblea de Delegados, de la cual el artículo 29 demandado exige 20 socios hábiles para su constitución, lo que implica una clara reducción en el número de partícipes y en la manifestación democrática, que en vez de expandirse resulta disminuida.

La Corte afirmó que si bien la Constitución consagra la democracia participativa en nuestro Estado, ello no implica que la misma haya construido un sistema exclusivamente participativo, en virtud del cual no pueda haber manifestaciones normativas del concepto de representación, puesto que la complejidad de la vida social contemporánea impide la participación directa de las personas en todo lo que les incumbe, haciendo entonces necesarios los mecanismos a través de los cuales el sujeto exprese sus intereses a través de instancias que lo superan. De esta manera, afirmó la Corte, las normas acusadas, al consagrar mecanismos de representación de los asociados, establecen una facultad, no una obligación, posibilidad que se justifica teniendo en cuenta la dificultad que para la constitución de

⁹² José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996*, op. cit., pp. 69 y 70.

la asamblea representa el alto número de asociados y sus domicilios geográficamente dispersos. En consecuencia el Alto Tribunal declaró exequibles las normas acusadas, aclarando, sin embargo, que la reunión de la asamblea de delegados no puede llevar a la exclusión de los asociados de las reuniones de asamblea correspondientes so pretexto de la asamblea exclusiva de delegados, lo cual sí resultaría contrario a la Constitución. En todo caso los asociados deben ser convocados, y cuando lo deseen podrán concurrir personalmente a la Asamblea, desplazando y sustituyendo a los delegados respectivos en cuanto a su participación y voto, concluyó la Corte.

LXI. DERECHO A LA INTIMIDAD
Y RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO⁹³

En la sentencia T-277 de 1996, la Corte se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta contra la directora de un jardín infantil por un profesor cuyo contrato de trabajo había sido terminado. Para el actor, la decisión de la demandada viola su derecho al trabajo y a la intimidad, porque el fundamento de la misma fue una llamada anónima en la que se prevenía a la demandada sobre sus supuestas tendencias homosexuales (que el actor desmintió).

La Corte negó el amparo invocado por considerar que la directora estaba legalmente facultada para negarse a renovar el contrato de trabajo a su finalización, por cuanto el Código sustantivo del trabajo dispone que, salvo estipulación en contrario —ausente en el caso bajo análisis— el contrato de trabajo de un profesor de establecimientos particulares de enseñanza se entenderá celebrado por el año escolar; y por no haberse probado en el proceso que la directora del jardín obrara motivada por la llamada anónima.

LXII. DERECHO A LA INTIMIDAD
EN TANTO DERECHO A LA TRANQUILIDAD⁹⁴

En la sentencia T-200 de 1996, la Corte se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta por los propietarios de una casa en la zona urbana

⁹³ José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996*, op. cit., p. 77.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 77.

de Santa Fe de Antioquia contra los dueños de un predio colindante con el suyo. Para los demandantes, el que dicho predio estuviese destinado a servir de parqueadero de vehículos cuyo motor funcionaba a base de ACPM, vulnera sus derechos a la salud, a la tranquilidad y a la intimidad, debido a las emisiones de gases y el ruido producido por tal tipo de automotores en particular.

La Corte concedió la tutela, basada en fallos anteriores, reiterando que el derecho a la tranquilidad—incluido en el derecho a la intimidad— resulta vulnerado cuando, como en este caso, se afecta el medio ambiente con ruidos y olores molestos. Por lo tanto, y atendiendo al principio de armonización concreta de los derechos fundamentales, señaló que era necesario que el demandado cumpliera con las normas urbanísticas y de convivencia relativas a la actividad económica que desempeñaba, razón por la cual le ordenó seguir el trámite correspondiente a la adquisición del permiso de funcionamiento prescrito por las normas vigentes.

LXIII. EL DERECHO AL TRABAJO. CONFLICTO ENTRE EL DERECHO AL TRABAJO Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN⁹⁵

En la sentencia T-461/96, la Corte conoció la acción de tutela interpuesta por el inspector primero de policía de Pácora, quien después de obtener por parte del alcalde de la localidad permiso laboral de un día a la semana para adelantar una especialización en derecho penal en la Universidad de Caldas, y luego de haber iniciado los cursos, fue notificado de la decisión del alcalde de revocar el permiso. Por este motivo, el demandante consideraba violados sus derechos a la educación, al libre desarrollo de la personalidad y al trabajo.

La Corte decidió conceder la tutela en favor del demandante. En primer lugar, afirmó, en casos que como el presente revistan un conflicto entre los derechos a la educación y al trabajo, el juez de tutela debe establecer una solución justa, apoyándose en criterios razonables que no sacrifiquen de manera desproporcionada ninguno de estos derechos, que tienen igual jerarquía. En este orden de ideas, si existe la posibilidad de conciliar el derecho a la educación y el

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 119 y 120.

cumplimiento de los deberes laborales mediante un acuerdo sobre horas especiales en las que el trabajador puede reponer las horas de trabajo, resulta inaceptable que la administración frustre la posibilidad del funcionario de formarse académicamente, cuando ha otorgado en un principio la autorización y el trabajador ha iniciado sus estudios. En el caso concreto, en consecuencia, la Corte ordenó al alcalde demandado respetar los términos del permiso inicial y buscar la mejor manera para que el funcionario cumpliera sus obligaciones laborales sin retirarse del programa de especialización.

LXIV. EL DERECHO A LA SEGURIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS NIÑOS. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD⁹⁶

Mediante sentencia T-075/96, la Corte decidió la acción de tutela interpuesta por la madre de una menor en contra de una fundación dedicada a la prestación de servicios médicos. La niña padecía una enfermedad congénita que requería tratamiento continuado; sin embargo, la fundación demandada se negaba a proveer la atención requerida alegando que a pesar de que la menor estaba afiliada al sistema de salud al que ella pertenecía, al momento de iniciarse la afiliación la niña había superado la edad máxima para la atención de enfermedades congénitas.

La Corte concedió la tutela y ordenó la atención de la menor, debido a que la Constitución establece claramente que el derecho a la protección de la salud de los menores tiene el carácter de fundamental. A diferencia de lo que sucede con el derecho a la protección de la salud de los adultos—que es tutelable sólo cuando su violación implica la de un derecho fundamental como la vida—, el derecho a la protección de la salud de los niños es fundamental y, por tanto, directamente tutelable. Por esto, cuando exista una relación legal o reglamentaria entre el menor, titular del derecho a la salud, y una entidad encargada de la prestación de ese servicio, aquél puede reclamar la prestación del servicio por medio de la acción de tutela, sin que

⁹⁶ José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996, op. cit.*, p. 135.

sea necesario acreditar que de la desatención de su salud se derivan riesgos graves para su vida. En el caso concreto, concluyó la Corte, no resultaba razonable que la menor tuviera que esperar la solución del conflicto contractual existente para recibir la atención médica que requería.