



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Material Auto Instructivo
**CURSO “LA TRANSVERSALIZACIÓN DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL”**

Elaborado por el
Dr. Gerardo Eto Cruz

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josue Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Sergio Ivan Noguera Ramos
Vice- Presidente del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela - Consejero

Dr. Ramiro Eduardo De Valdivia Cano- Consejero

Dr. Tomas Aladino Gálvez Villegas - Consejero

Dr. Pablo Gonzalo Chavarry Vallejos - Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña –Consejero

Dr. Ernesto Lechuga Pino - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

Tratamiento Didáctico del material – Lic. Rocío Robles Valenzuela

El presente material del Curso “Transversalización del Derecho Constitucional”, ha sido elaborado por el Dr. Gerardo Eto Cruz. para la Academia de la Magistratura, en octubre de 2016.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION
LIMA – PERÚ**

SILABO

CURSO “LA TRANSVERSALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL”

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Programa de Actualización y Perfeccionamiento-PAP
Horas Lectivas	:	74
Número de Créditos Académicos	:	03
Especialista que elaboró el material	:	Dr. Gerardo Eto Cruz

II. PRESENTACIÓN

El Derecho Constitucional es una disciplina jurídica que requiere una nueva aproximación teórica que permita conocer que ella, tanto como disciplina científica (Teoría Constitucional) como norma (derecho constitucional) sea objeto de una transversalización, a fin de que se pueda apreciar el impacto cognitivo que ella permea en otros ámbitos.

III. COMPETENCIAS A ALCANZAR

Al finalizar el presente curso, el discente deberá:

- Comprender la importancia del Derecho Constitucional dado que hoy por hoy todo el fenómeno jurídico se ha constitucionalizado y que la “constitucionalización” del ordenamiento jurídico, estratégica y metodológicamente debe ser abordado a través de los criterios teóricos e instrumentales de la transversalización

Capacidades Terminales:

- Identifica la disciplina del Derecho Constitucional que se relaciona transversalmente con dos grandes áreas: entre disciplinas científicas no normativas, y las que son jurídicas.
- Aprecia la peculiaridad que la Constitución no sólo permea (penetra) en todos los órdenes jurídicos; sino que, frente a eventuales procesos constitucionales, raras veces va a encontrarse una “relevancia

constitucional” pura; ello siempre se interconecta –transversalmente– con otras disciplinas jurídicas.

IV. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

UNIDAD I: LA TRANSVERSALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Primera Parte: ¿Qué es la transversalización?	• Aplica los criterios teóricos e instrumentales de la transversalización.	• Reflexiona sobre la importancia de los criterios instrumentales de la transversalización.
2. Segunda Parte: La Transversalización del Derecho Constitucional.		
3. Tercera Parte: La Transversalización interdisciplinaria del Derecho Constitucional.		
4. Cuarta Parte: La Transversalización intradisciplinaria del Derecho Constitucional		

UNIDAD II: CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Relación entre el Derecho Penal y La Constitución.	• Identifica la disciplina del Derecho Constitucional que se relaciona transversalmente con dos grandes áreas: entre disciplinas científicas no	• Valora los conocimientos que le facilitan el análisis de las políticas públicas y la burocracia.
2. El Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho		
3. Fines de la Pena en el Estado Democrático y		

Social de Derecho.	normativas, y las que son jurídicas.	
4. Actividad Punitiva del Estado.		
5. Conducta antijurídica.		
6. Principio de Legalidad Penal.		
7. Principios de NE BIS IN IDEM.		
8. Principio de Interdicción de la REFORMATIO IN PEIUS.		
9. Principio de Resocialización / Teorías Constitucionales de la Pena.		
10. Dogmática Penal.		
11. Pena.		
12. Potestad Punitiva del Estado.		

UNIDAD III: CONSTITUCIÓN Y DERECHO PROCESAL PENAL.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Auto de apertura de instrucción.	• Identifica la disciplina del Derecho Constitucional que se relaciona transversalmente con dos grandes áreas: entre disciplinas	• Valora los conocimientos que le facilitan el análisis de las políticas públicas y la burocracia.
2. Derecho a la Libertad Procesal.		
3. Derecho a la Prueba.		
4. Conversión Procesal.		
5. Derecho al Plazo		

Razonable.	científicas no	
6. Derecho a no quedar en Estado de Indefensión.	normativas, y las que son jurídicas.	
7. Derecho de Defensa.		
8. Detención Arbitraria.		

UNIDAD IV: CONSTITUCIÓN Y DERECHO CIVIL

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Introducción.	• Identifica la disciplina del	• Valora los conocimientos que le facilitan el análisis de las políticas públicas y la burocracia.
2. La Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Constitucional.	Derecho Constitucional que se relaciona transversalmente	
3. Hacia una definición del Derecho Civil Constitucional en el Perú.	con dos grandes áreas: entre disciplinas científicas no	
4. Declaración de Voluntad.	normativas, y las que son jurídicas.	
5. Derecho a contraer un matrimonio.		
6. Derecho a fundar una familia.		
7. Familias reconstituidas.		
8. Hogar de Hecho.		
9. Matrimonio.		
10. Teoría de los Hechos Cumplidos.		

UNIDAD V: UNA PROPUESTA DE TRANSVERSALIZACIÓN DE CÓMO APRECIAR LOS PROCESOS DE AMPARO A TRAVÉS DE SUS TIPOLOGÍAS

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Introducción. 2. La Vasta Utilidad o Inutilidad de las Clasificaciones: Un Intermezzo Reflexivo. 3. Propuesta de Clasificación de las Tipologías de Amparo. 4. Reflexiones Finales.	Identifica la disciplina del Derecho Constitucional que se relaciona transversalmente con dos grandes áreas: entre disciplinas científicas no normativas, y las que son jurídicas.	Valora los conocimientos que le facilitan el análisis de las políticas públicas y la burocracia.

V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Material de lectura preparado por el docente.
- Lecturas recomendadas.

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso “Transversalización del Derecho Constitucional” es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

Para el desarrollo del presente curso los alumnos tendrán acceso al Aula Virtual de la Academia de la Magistratura, donde tendrán a su disposición todos los materiales utilizados, las diapositivas de las sesiones presenciales y lecturas obligatorias.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas, lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva.

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso, el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas.

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos en el curso. Los componentes evaluativos serán informados oportunamente por el coordinador del curso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ABAD YUPANQUI, Samuel, Jorge DANÓS ORDOÑEZ, Francisco EGUIGUREN PRAELI, Domingo GARCÍA BELAUNDE, Juan MONROY GÁLVEZ y Arsenio ORÉ GUARDIA: *Código Procesal Constitucional. Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*, 3ª. Edición, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008.
- ABAD YUPANQUI, Samuel: *El proceso constitucional de amparo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- ABENDROTH, Wolfgang, Ernst FORSTHOFF y Karl DOEHRING: *El Estado social*, Traducción de José Puente Egido, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Prólogo de Luigi Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2002.
- AGUILÓ REGLA, Joseph: *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra – Temis, Lima – Bogotá, 2004.
- ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdéz, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

- ALLÈGRE, Claude: *Diccionario del amante de la ciencia*, Traducción de José Miguel González Marcén, Paidós, Barcelona, 2008.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique: *Curso de Derecho Constitucional*, T. VI, Tecnos, Madrid, 1999.
- ASIMOV, Isaac: *Historia y cronología de la ciencia y los descubrimientos. Cómo la ciencia ha dado forma a nuestro mundo*, Traducción de Vicente Villacampa, Actualización (1989-2007) a cargo de Anna Marta Roca I Castellà, 1ª edición actualizada, Ariel, Barcelona, 2007.
- BERKELEY, George: *Tratado sobre los principios del conocimiento humano*, Introducción, Traducción y Notas de Concha Cogolludo Mansilla, Editorial Gredos, Madrid, 1982.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.
- BLANQUEZ MARTÍN, Diego (Editor): *Los Derechos de las Personas Mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2006.
- BOREA ODRÍA, Alberto: *El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de hoy*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1985.
- CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto: *El Hábeas Data frente a los abusos del poder informático (análisis, jurisprudencia y casos prácticos)*, Gráfica Espinal, Lima, 2008.
- CARRIÓ, Genaro: *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 5ª edición, Lexis-Nexis y Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.
- CASÁS, José: *Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente. A partir del Principio de Reserva de ley tributaria*, Ad- Hoc, Buenos Aires, 2005.
- COELLO CETINA, Rafael: *Amparo contra leyes tributarias autoaplicativas*, Porrúa, México, 2003.

- DE ASÚA, Miguel (Introducción y selección de textos): *La historia de la ciencia. Fundamento y transformaciones*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993.
- DEL POZO, Claudia: *Control Difuso y Procedimiento Administrativo*, Palestra, Lima, 2005.
- EZAINE CHÁVEZ, Amado: *El Íter Críminis*, 3ª. edición, Ediciones Jurídicas Lambayecanas, Chiclayo, 1978.
- FIX ZAMUDIO, Héctor: *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, 2ª edición, Porrúa-UNAM, México, 1999.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel: *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, Editorial Diles, Madrid, 2007.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid, 2007.
- GODDARD, Jorge Adame: *Derechos fundamentales y Estado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2002.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo - Civitas, Madrid, 2002.
- HÄBERLE, Peter: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Traducción de Joaquín Brage Camazano, Presentación y Estudio Preliminar de Francisco Fernández Segado, Dykinson, Madrid, 2003.
- HOUSSAY, Abel: *Amparo judicial. El caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1961.
- LORENZETTI, Ricardo Luis: *Teoría del Derecho Ambiental*, Porrúa, México, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme: *Tutela específica de los derechos*, Traducción de Aldo Zela Villegas, Biblioteca de Derecho Procesal N°. 8, Palestra, Lima, 2008.

- MARTÍNEZ Y HERNÁNDEZ, Eduardo, Luis Francisco GARCÍA PERULLES y Enrique BARÓN CRESPO: *Tratado del Derecho a la Protección de la salud*, 2ª. edición corregida y ampliada, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.
- MIRANDA, Jorge: *Manual de Direito Constitucional*, T. IV. Direitos Fundamentais, 2ª edición, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1993.
- REMOTTI CARBONELL, José Carlos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Instituto Europeo de Derecho, Barcelona, 2003.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: *El derecho constitucional al medio ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional*, T. III. Acción de Amparo, 4ª. edición, Astrea y Depalma, Buenos Aires, 1995.
- SANMARTINO, Patricio Marcelo: *Principios constitucionales del amparo administrativo*, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1990.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge: *Instituciones de Derecho Laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- YACOLCA ESTARES, Daniel (Director): *Manual de los Procedimientos y Procesos Tributarios*, Ara Editores, Lima, 2007.
- ZELA VILLEGAS, Aldo: *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, Palestra, Lima, 2008.

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano que tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de formación, capacitación, actualización, y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecuta el Curso “La Transversalización del Derecho Constitucional” en el marco de actividades del Programa de Actualización y Perfeccionamiento.

Para este fin, se ha previsto la elaboración del presente material, el mismo que ha sido elaborado por un especialista de la materia y sometido a un tratamiento didáctico desde un enfoque andragógico, a fin de facilitar el proceso de enseñanza y aprendizaje del discente de una manera sencilla y práctica.

El presente material se encuentra estructurado en cinco unidades con los siguientes ejes temáticos: La Transversalización del Derecho Constitucional, Constitución y Derecho Penal, Constitución y Derecho Procesal Penal, Constitución y Derecho Civil y Una Propuesta de Transversalización de cómo apreciar los procesos de amparo a través de sus tipologías.

Asimismo, el discente tendrá acceso a un Aula Virtual, siendo el medio más importante que utilizará a lo largo del desarrollo del curso, a través de ella podrá acceder al material autoinstructivo, lecturas y un dossier de casos que le permita aplicar los conocimientos adquiridos.

En ese sentido, se espera que concluido el presente curso el discente maneje, domine y conozca los conceptos, categorías y principios que rigen esta disciplina y los criterios de transversalizar el campo judicial en la impartición de justicia.

Dirección Académica

INTRODUCCIÓN

El Derecho Constitucional es una disciplina jurídica que requiere una nueva aproximación teórica que permita conocer que ella, tanto como disciplina científica (Teoría Constitucional) como norma (derecho constitucional) sea objeto de una transversalización, a fin de que se pueda apreciar el impacto cognitivo que ella permea en otros ámbitos.

La transversalidad del Derecho Constitucional se manifiesta en dos ámbitos claros y delimitables:

- a) Por un lado, a través de una *transversalidad interdisciplinaria*, y que compromete a otras áreas cognitivas que se relacionan y se interactúan, generándose muchas veces una retroalimentación disciplinaria.
- b) Y, por otro, la existencia de una *transversalidad intradisciplinaria*, donde se aprecia que el derecho constitucional “constitucionaliza” a las demás vertientes disciplinarias y sus normas propias.

A través de este periplo, los magistrados y fiscales discentes, podrán tener un enfoque integral, que habrá de permitir tener en cuenta en sus fallos y dictámenes, que las materias jurídicas objeto de controversias, van a estar influidas por sendos principios y valores materiales de la Constitución.

Este criterio, no sólo habrá de manifestarse en sendos procesos constitucionales, sino en todo proceso judicial.

A partir de esta visión se perfila un juez que supere el legalismo judicial para devenir en juez constitucional.

INDICE

Presentación.....	12
Introducción.....	13
UNIDAD I. LA TRANSVERSALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL	18
Presentación y Preguntas Guía.....	19
Primera Parte: ¿Que es la transversalización?.....	20
1. Excurso preliminar.....	20
2. Contexto de la aparición del enfoque transversal.....	25
3. Una aproximación epistémica a la noción de lo transversal.....	27
4. Por los meandros semióticos del concepto transversal.....	34
Segunda Parte: La Transversalización del Derecho Constitucional..	37
Tercera Parte: La Transversalización interdisciplinaria del Derecho Constitucional.....	44
1. Introducción.....	44
2. El Derecho Constitucional.....	45
3. La Ciencia Política.....	52
4. La Filosofía Política.....	57
5. La Sociología Política.....	61
6. La Economía Política.....	63
Cuarta Parte: La Transversalización intradisciplinaria del Derecho Constitucional.....	65
1. Introducción.....	65
2. ¿Por qué el Derecho constitucional traspasa a todos los demás órdenes de un sistema jurídico?.....	69
3. Un breve ejercicio empírico de cómo el Derecho Constitucional transversaliza el resto del ordenamiento jurídico a partir de sus principios constitucionales.....	81

Resumen.....	87
Autoevaluación.....	88
UNIDAD II: CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL	89
Presentación y Preguntas Guía.....	90
1. Relación entre el Derecho Penal y La Constitución.....	91
2. El Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.....	91
3. Fines de la Pena en el Estado Democrático y Social de Derecho.....	92
4. Actividad Punitiva del Estado.....	93
5. Conducta antijurídica.....	94
6. Principio de Legalidad Penal.....	95
7. Principios de NE BIS IN IDEM.....	97
8. Principio de Interdicción de la REFORMATIO IN PEIUS.....	99
9. Principio de Resocialización / Teorías Constitucionales de la Pena...	100
10. Dogmática Penal.....	101
11. Pena.....	102
12. Potestad Punitiva del Estado.....	106
Resumen.....	108
Autoevaluación.....	109
UNIDAD III: CONSTITUCIÓN Y DERECHO PROCESAL PENAL	110
Presentación y Preguntas Guía.....	111
1. Auto de apertura de instrucción.....	112
2. Derecho a la Libertad Procesal.....	113
3. Derecho a la Prueba.....	114
4. Conversión Procesal.....	118
5. Derecho al Plazo Razonable.....	120
6. Derecho a no quedar en Estado de Indefensión.....	128
7. Derecho de Defensa.....	128
8. Detención Arbitraria.....	135

Resumen.....	136
Autoevaluación.....	137
UNIDAD IV: CONSTITUCIÓN Y DERECHO CIVIL.....	138
Presentación y Preguntas Guía.....	139
1. Introducción.....	140
2. La Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Constitucional....	141
3. Hacia una definición del Derecho Civil Constitucional en el Perú.....	142
4. Declaración de Voluntad.....	150
5. Derecho a contraer un matrimonio.....	151
6. Derecho a fundar una familia.....	153
7. Familias reconstituidas.....	154
8. Hogar de Hecho.....	155
9. Matrimonio.....	159
10. Teoría de los Hechos Cumplidos.....	160
Resumen.....	162
Autoevaluación.....	163
UNIDAD V: UNA PROPUESTA DE TRANSVERSALIZACIÓN DE CÓMO APRECIAR LOS PROCESOS DE AMPARO A TRAVÉS DE SUS TIPOLOGÍAS	164
Presentación y Preguntas Guía.....	165
1. Introducción.....	166
2. La Vasta Utilidad o Inutilidad de las Clasificaciones: Un Intermezzo Reflexivo.....	167
3. Propuesta de Clasificación de las Tipologías de Amparo.....	170
4. Reflexiones Finales.....	283
Resumen.....	285
Autoevaluación.....	286

UNIDAD I

LA TRANSVERSALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

PRESENTACIÓN

El enfoque cognitivo del Derecho Constitucional que transversaliza al resto del ordenamiento jurídico, se presenta hoy como una corriente, desde una perspectiva distinta a la Teoría Constitucional clásica. El presente módulo, da cuenta en un primer momento de las bases epistémicas y filosóficas de la transversalización y el contexto donde aparece a fin de entender la realidad en su diversas pluridimensionalidad. Igualmente da cuenta que este enfoque cognitivo es parte de los nuevos paradigmas junto a la pluralidad y la multiculturalidad bajo los marcos de lo que hoy se conoce como la posmodernidad. Así, ya particularizado el eje temático en el Derecho Constitucional, la transversalidad se va a presentar en dos ámbitos concretos y definidos: por un lado, a partir de la *transversalización interdisciplinaria*, cuya conexión se manifiesta con diversas áreas científicas del saber; y, b) la *transversalización intradisciplinaria* que atañe más específicamente al ámbito jurídico-dogmático; materia ésta de suyo relevante para que los operadores del sistema jurídico puedan apreciar el influjo de la Constitución como norma y de cómo ella “atraviesa” a todas las demás vertientes de las disciplinas jurídicas y de sus fuentes normativas.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Encuentra fundamentos de orden filosófico en la concepción transversal como una metodología para entender en fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico?
2. Más allá de una aproximación semántica del concepto “transversal”, en estricto, ¿qué ideas y nociones rodean a esta acepción de la transversalidad?
3. Desde el punto de vista más estricto, ¿cuáles son los dos grandes derroteros donde se manifiesta la transversalización del Derecho Constitucional?
4. Explique las grandes líneas maestras del constitucionalismo contemporáneo

Primera parte. ¿Qué es la transversalización?

1. EXCURSO PRELIMINAR

La renovación en las últimas décadas de las ciencias sociales, sobre todo del ideal epistémico para el entendimiento humano y comprender la realidad en sus diversos laberintos cognitivos¹, ha generado nuevos enfoques y ha creado diversas categorías y conceptos de carácter instrumental, y que hoy se han convertido en nuevas formas de conocimiento, cuya realidad hoy reclama nuevas perspectiva de enfoque, tales como por citar ejemplos: *multiculturalismo, perspectiva de género, pluralismo, transversalización*; todas estas expresiones hoy se vienen convirtiendo en los actuales paradigmas que desde hace algunas décadas trae la posmodernidad² en las sociedades del conocimiento³.

En lo que atañe a los *orígenes epistémicos de la transversalidad*, ella acaso se puede encontrar a inicios de la década de los sesenta, a partir de diversos pensadores, sobre todo los de origen francés. Anota Palacios Neri, “Pensadores de la talla de Foucault, Derrida, Deleuze y Guattari fueron pioneros de su introducción a la dinámica de sus planteamientos sociológicos y teóricos. Es un producto francés que surge a la sombra del estructuralismo de Levi-Strauss, del psicoanálisis de Lacan, de la teoría general de sistemas y del incipiente constructivismo social en el amplio paradigma relativista de la así llamada posmodernidad”⁴.

En efecto, basta con echar una mirada al pensamiento de Michel Foucault, para poder ver su heterodoxo recorrido en diversos planos transversales del conocimiento entre la filosofía y la literatura, entre el poder (politología) y la estética, la ética y la hermenéutica, entre la arqueología y la medicina⁵. Desde

¹ Una aproximación sobre esta problemática puede verse en PALMA, Héctor A. y Rubén H. PARDO (editores): *Epistemología de las ciencias sociales. Perspectivas y problemas de la representación científica de lo social*, Biblos, Buenos Aires, 2012.

² HABERMAS, J., BRAUDILLARD, J., SAID, E., JAMESON F.: *La posmodernidad*, edición a cargo de Hal Foster, 7ª edición, Kairós, Barcelona. Vid., en especial, el trabajo de LYOTARD, Jean-François: *La condición posmoderna. Informe sobre el saber*, traducción de Mariano Antolin Rato, Edic. de Minuit, Buenos Aires, 1987, pp. 6-8; 22-24.

³ KRÜGER, Karsten: “El concepto de ‘sociedad del conocimiento’”, en *Revista bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales (serie documental de Geo Crítica)*, Universidad de Barcelona, Vol. XI, N.º 683, 2006.

⁴ PALACIOS NERI, Javier: “La transversalidad y otras cosas”, en *Efectos de la crisis en el agro y en la ciudad*, Universidad Autónoma Metropolitana – Departamento de Producción Económica, México, 2010, pp. 85-112.

⁵ Vid. de este filósofo, historiador y sociólogo, sus *Obras completas*, traducción de Miguel Morey, Fernando Álvarez, Julia Varela y Ángel Gabilondo, Paidós, Madrid, 2010.

el plano ya puramente filosófico, su “discurso” expresado en su enfoque y análisis también ha aportado al ámbito transversal⁶.

Derrida, en su obra *De la gramatología*⁷, propone el neologismo *deconstruction*, relacionándolo con un vocablo ya empleado en francés por arquitectos e ingenieros. Anota Nicola Abbagnano que este concepto está más vinculado al *estructuralismo*⁸. La deconstrucción presentaría dos vertientes: a) por un lado, se trata de un discurso “de carácter demostrativo y aparentemente no-histórico, pleno de paradojas lógico-formales”⁹. La segunda versión, b) “es esencialmente histórico y sin ninguna pena frente a la contradicción, es esencialmente amnésico”. El profesor Kalva agrega que esta corriente deconstructivista “no es una metodología ni formaliza un método. Las reglas, hipótesis y variables no son elementos constitutivos de esta estrategia de análisis”¹⁰. Se trata de una manera de leer un instrumento filosófico dentro de la filosofía de la posmodernidad. El problema del deconstructivismo es que no se trata de un discurso filosófico que responda a un orden y a una metodología clara y precisa de ideas; y es que la lectura derridiana apela sistemáticamente a la intertextualidad; esto es, al recurso literario de dialogar con una serie de otros textos; a ello se suma el uso de paradojas, neologismos y juegos de palabras que hacen de su reflexión un dédalo laberíntico que es parte de su propia deconstrucción como pensamiento. Con todo, subyace en esta corriente posmoderna, un conjunto de lecturas críticas, diálogos abiertos y la reivindicación de lo distinto. Anota el profesor Enrique Kalva:

“La deconstrucción como corriente interpretativa en las humanidades debe denunciar la diferencia en todos los ámbitos de nuestra actividad. Ella está unida a prácticas logocéntricas específicas como la crítica del susto, la tradición del ninguneo y la matriz caudillista o autoritaria de las panacas, clanes o sectas de nuestra formación social. Ellas son las que hacen de nuestro proceso una Historia y una diferencia. Esta es la invitación que la deconstrucción hace en el terreno de las humanidades y es conveniente prestarle oídos, salvo que se crea en lo universal de la ciencia, la literatura, la verdad, la objetividad, el hombre o dios”¹¹.

⁶ Vid. a DELEUZE, Guilles: *Foucault*, prólogo de Miguel Morey, traducción de José Vázquez Pérez, Paidós, Barcelona, 1986; igualmente, a VEYNE, Parl: *Foucault. Pensamiento y vida*, traducción de María José Furió Sancho, Paidós, Barcelona, 2009, pp. 87-101.

⁷ DERRIDA, Jacques: *De la Gramatología*, traducción de Óscar del Barco y Conrado Ceretti, revisión de Ricardo Potschart, Siglo XXI editores, México, 4ª edición, 1971.

⁸ ABBAGNANO, Nicola: *Diccionario de Filosofía*, actualizado y aumentado por Giovanni Fornero, traducción de José Esteban Calderón, Alfredo Calletti y otros, Fondo de Cultura Económica, México, 4ª edición, México, 2007, p. 266.

⁹ KALVA, Enrique: “Hablaré, pues, del Derrida ya no presente”, en *Revista A parte Rei. Revista de Filosofía*, N.º 43, enero 2006, p. 5.

¹⁰ KALVA, Enrique: op. cit., p. 6.

¹¹ HUAMÁN, Miguel Ángel: “Claves de la deconstrucción”, en http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/libros/Literatura/Lect_teoria_lit_II/claves.pdf

El desarrollo probablemente más firme de la transversalidad lo han expuesto los filósofos Gilles Deleuze (1925-1995) y Félix Guattari (1930-1992), ambos autores le han dado una filosofía de cuño posmoderno a la transversalidad, sobre todo, a partir de dos obras fundamentales que publicaron en su momento: *Rizoma (Introduction)* (1977), y *¿Qué es la filosofía?*¹², que lo retomaremos luego.

Resulta interesante apreciar cómo el enfoque cognitivo de la transversalización fue en su momento una postura minoritaria. Thomas Kuhn, célebre historiador de las ciencias, planteó la tesis de que en las ciencias ha venido primando siempre una “teoría dominante”. A partir de este consenso científico en la comunidad de académicos, se presentan los paradigmas que constituyen los arquetipos, modelos o ejemplos a seguir. No obstante, en el marco de esta comunidad de científicos, se va formando igualmente una “minoría” que no participa del paradigma preponderante¹³. Y es que, como anota Dietrich Schwanitz, a partir de las ideas de Thomas Kuhn, la concepción de la ciencia se cambia radicalmente: “y a partir de él sabemos que la casa de la ciencia no es un monasterio habitado por ascéticos monjes que investigan en armonía y que se reúnen regularmente en los congresos para rezar en común y alabar al Señor”¹⁴.

Esta postura de ver y entender las cosas o la realidad, desde una “transversalización” ha empezado progresivamente a tomar postura, básicamente en el campo de la praxis política, sobre todo a partir de entender políticas públicas¹⁵, género¹⁶, justicia, desigualdad¹⁷, desarrollo, enseñanza¹⁸, etc. En esta perspectiva, la OEA señala que la transversalización

¹² BERMEJO, Diego: “Deleuze y el pensamiento transversal. Crítica del pensamiento de la identidad, pensamiento de la pluralidad y del rizoma”, en *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, Universidad Pontificia de Salamanca, N.º 25, 1998, pp. 273-302.

¹³ KUHN, Thomas S.: *La estructura de las revoluciones científicas*, estudio preliminar de Ian Hacking, traducción e introducción de Carlos Solís Santos, 4ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2015, p. 103.

¹⁴ SCHWANITZ, Dietrich: *La cultura. Todo lo que hay que saber*, 4º reimpresión, Taurus, Madrid, 2002, p. 364.

¹⁵ ACUÑA, Juan Manuel: “Políticas públicas sociales”, en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Fabiola MARTÍNEZ RAMÍREZ y Giovanni A. Figueroa Mejía (coordinadores), 2ª edición, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2014, pp. 1027-1029; e igualmente, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales*, prólogo de Héctor Fix-Zamudio, Porrúa, México D.F., 2012.

¹⁶ JIMÉNEZ SANDOVAL, Rodrigo; ALMIRÓN PRUJEL, María; LÓPEZ SAFI, Silvia: *Transversalización de la perspectiva de género. En los proyectos curriculares*, Fundación Justicia y Género, Asunción, 2015; igualmente, vid. a ZILBETI PÉREZ, Maider: “Transversalización de la perspectiva de género”, en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, op. cit., pp. 1229-1230.

¹⁷ Comisión Presidencial Coordinadora de Políticas del Ejecutivo en materia de derechos humanos: *Manual para la transversalización del enfoque de derechos humanos con equidad*, Ciudad de Guatemala, s/f.

¹⁸ CARVAJAL ORLICH, Zaira; JIMÉNEZ MATA, Silvia, ULATE RODRÍGUEZ, Carmen: *Módulo pedagógico para la transversalidad de los enfoques de género, derechos humanos y diversidad en el III Ciclo de la educación básica pública*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2012, p. 34 y ss.

(*mainstreaming*, en inglés) “es la integración sistemática de una perspectiva en los niveles relevantes, políticas, estructuras, programas, proyectos y cultura organizacional de los actores normalmente involucrados en su adopción e implementación de programas y proyectos”¹⁹.

En el Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995)²⁰, allí se desarrolló complejas políticas públicas transversales con mira a afirmar la dignidad de la mujer. Recuérdese que desde 1975, la ONU ha impulsado cuatro Conferencias Mundiales: la primera en México (1975), seguiría la de Copenhague (1980), Nairobi (1985) bajo el lema “Igualdad, Desarrollo y Paz”.

El Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC) ha definido en términos más precisos la transversalización de la perspectiva de género bajo los siguientes términos:

“Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros”²¹.

Se puede ya ir sosteniendo que la transversalización constituye, desde una perspectiva del ejercicio gubernamental, una estrategia con miras a afirmar eficacia y eficiencia en el ámbito de las políticas públicas; pero no sólo ello, sino que la transversalización acompaña todo quehacer gubernamental. Desde esta perspectiva, un buen manejo transversal supone un manejo de un conjunto de complejos factores con miras a dar pasos firmes y no errar en la *toma de*

¹⁹ Departamento de Derecho Internacional. Secretaría de Asuntos Jurídicos. OEA: *Manuel para la transversalización de la temática afrodescendiente en los programas de cooperación técnica de la Secretaría General de la OEA*. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_taller_transversalizacion_04-27-2011_manual.pdf (fecha de visita: 04/10/16)

²⁰ Vid. el Informe de la ONU ...

²¹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS (ECOSOC), julio de 1997.

decisiones. Bien mirado en perspectiva histórica, una ausencia de la estrategia transversal, ha generado muchos errores. Anota Stephen Weir, que:

“La historia está plagada de errores. Muchos de ellos fueron provocados por personas inteligentes, capaces y bienintencionadas, pero que tomaron una mala decisión. La mayoría de estas personas cayeron en la categoría más simple del error: tomaron la ruta A en lugar de la ruta B, de manera que sus decisiones ‘parecían una buena idea en su momento’. Sin embargo, también se tomaron decisiones extraordinariamente estúpidas, y este libro hace un viaje a través de la idiotez absoluta de la humanidad. Estos no son errores sinceros, sino muy tontos; no sólo son malas decisiones, sino acciones que generaron resultados desagradables para las generaciones siguientes”²²

Hoy, cabe vincular el enfoque y la metodología transversal a la *teoría de las decisiones colectivas*. Por tal, ha de entenderse “las que el sujeto decisorio no es un individuo sino un ‘colectivo’ o mejor dicho un ‘grupo’”²³. En esta teoría, no existe, valga la aclaración, una definición precisa y unívoca de lo que es un grupo. Así, “los grupos pueden ser órganos de enormes dimensiones, como un cuerpo electoral, u órgano de pequeñas dimensiones, como una comisión parlamentaria”²⁴.

Subyace en la teoría de las decisiones colectivas un instrumento de pacificación de conflictos. Sin embargo, no siempre ello ocurre así, pues una decisión mayoritaria puede y tiende a perder legitimidad. Anota aquí Roberto D'Alimonte que:

“más allá del reconocimiento de los derechos formales de las minorías, existen sustanciosos beneficios que sólo pueden ser distribuidos equitativamente si la regla mayoritaria funciona con resultados ‘de suma positiva’, lo que presupone que todos pueden ganar algo. Pero éste no es el caso cuando hay mayoría hegemónica; pues la decisión colectiva puede ser ‘de suma cero’, en el sentido de que una parte sale ganando lo que la otra pierde”²⁵.

²² WEIR, Stephen: *Historia de las peores decisiones y de las personas que las tomaron*, Edit. Prisa, Santillana Ediciones, México, Vol. I, p. 9.

²³ D'ALIMONTE, Roberto: “Teoría de las decisiones colectivas”, en BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; y PASQUINO Gianfranco: *Diccionario de Política*, décimo quinta edición, nueva edición revisada y ampliada, versión española por José Aricó, Martí Soler y Jorge Tala, Siglo XXI editores, México, 2007, p. 423.

²⁴ D'ALIMONTE, Roberto: *Ibidem*.

²⁵ D'ALIMONTE, Roberto: *op. cit.*, p. 424.

Aunque la politología moderna aun no vincula las estrategias y metodologías de la transversalización, ello en la praxis político-gubernamental están íntimamente vinculados; sobre todo a partir de la teoría de las decisiones colectivas, pues esta teoría se nos presenta como una teoría moderna de la democracia, con un uso de un “lenguaje riguroso y de instrumentos analíticos de tipo lógico-deductivos [y que ha contribuido] a hacer más precisos y sistemáticos nuestros conocimientos sobre las condiciones de funcionamiento de la democracia, la participación política y la lucha electoral”²⁶. Si a esta teoría la vinculamos con la transversalidad, ello significa que en la teoría de decisiones políticas que van a afectar a una colectividad, el *decisionista* ha de tener presente que cualquier paso que dé, ha de estar cartabonado y respaldado por un “análisis exhaustivo de la racionalidad en sus diversos ámbitos”, donde se va a revelar pluralidad y desorden, imbricaciones y tránsitos, heterogeneidad y conectividad”²⁷.

Pero a nivel del campo propiamente del Derecho Constitucional, los trabajos son exiguos, salvo tímidos enfoques a partir de la parte dogmática de la Constitución como son los derechos fundamentales; y de entre ellos, el tema de la igualdad y no discriminación; pero un enfoque en estricto de “transversalizar el Derecho Constitucional” no forma parte de la propia *dogmática constitucional*; esto es, no se va a encontrar en la Teoría Constitucional este enfoque; ello, sin embargo, no impide comprensiblemente hablar y aplicar diseños instrumentales de aplicación transversal del derecho constitucional a otros ámbitos o sectores que ya veremos líneas abajo

2. CONTEXTO DE LA APARICIÓN DEL ENFOQUE TRANSVERSAL

La vertiginosa realidad que hoy se vive a nivel planetario ha traído el derrumbe de muchos mitos y viejos paradigmas, no sólo en el plano político e ideológico²⁸, sino también en la ciencia y la cultura. Anota María Beatriz Quintana, que existen una serie de crisis en torno a varios núcleos duros como “la racionalidad universal, el progreso científico, la concepción contractualista de la sociedad y las concepciones educativas universalistas y esencialistas”²⁹. Frente a ello, insiste esta académica “predomina la desintegración, la fragmentación en todo el ámbito de la trama social. Frente a este panorama la transversalidad, en sus

²⁶ D’ALIMONTE, Roberto: op. cit., p. 426.

²⁷ BERMEJO, Diego: “Pensar la pluralidad”, en *Brocar. Cuadernos de Investigación histórica*, Universidad de La Rioja, N.º 27, 2003, pp. 81-114, vid. específicamente pp. 106-107.

²⁸ BELL, Daniel: *El final de la ideología*, edición y traducción de Ángel Rivero, Alianza Editorial, Madrid, 2015.

²⁹ BEATRIZ QUINTANA, María : “Transversalidad”, en Proyecto Diccionario de Pensamiento Alternativo II, visitado en: <http://www.cecies.org/articulo.asp?id=250>

diferentes aplicaciones, intentará cierta convergencia e integración, dando lugar a una nueva forma de comprender la realidad actual”³⁰.

Es justamente este contexto donde se ha empezado a desarrollar nuevas ideas, nuevas concepciones de ver el mundo ya no en términos lineales o evolutivos; hoy hay evoluciones desde una perspectiva *per saltum*; esto es, no sólo se presenta una evolución sincrónica sino diacrónica de entender las cosas. Estos nuevos paradigmas responden a los actuales contextos de las complejas realidades que afronta el mundo moderno. De allí que, desde la perspectiva epistemológica, hoy la interdisciplinariedad implica complementariedad, enriquecimiento mutuo y conjunción de conocimientos disciplinarios³¹.

El surgimiento de la transversalidad ha reconocido que el conocimiento ha estado excesivamente compartimentalizado. Así, la disciplina de un saber ha mantenido una relativa interconexión con otros, y ello no ha permitido una comprensión de la realidad y de las cosas.

En las últimas décadas, los aportes de la reflexión y el conocimiento ya no han sido sólo de filósofos, sino de los físicos los que han tratado de dar una visión del mundo más objetiva, real y científica³², a partir de unas bases de un conocimiento ya no metafísico, sino de proposiciones axiomatizadas que han contribuido sistemáticamente a los grandes descubrimientos en la medicina, en la física, los viajes de exploradores interestaciales, la revolución de internet, la comunicación satelital; con todo, finalmente se llega siempre a los predios de la filosofía que es el territorio donde, al fin de cuenta, el hombre se interroga sus grandes temas trascendentales de la vida³³.

A todo ello, anota el filósofo Diego Bermejo, que son muchos los factores que han desencadenado la presencia de estos nuevos paradigmas, en especial la pluralidad y la transversalidad: “aporías internas de la razón metafísica, transformación acontecida en el interior de las ciencias, irrupción de la filosofía del lenguaje, transformaciones socioculturales, razones éticas frente al totalitarismo. Fenómenos que han provocado lo que se podría llamar *giro epistémico* general, gestado en la filosofía reciente a partir del giro lingüístico/hermenéutico/narrativo, del giro pragmático y del giro estético”³⁴.

³⁰ Ibidem.

³¹ PALACIOS NERI, Javier; op. cit.; BEATRIZ QUINTANA, María, op. cit.

³² HAWKING, Stephen: *A hombros de gigantes. Las grandes obras de la física y la astronomía*, Crítica, Barcelona, 2010.

³³ SAVATER, Fernando: *Las preguntas de la vida*, 9ª edición, Ariel, Barcelona, 2003.

³⁴ BERMEJO, Diego: “Pensar la pluralidad”, op. cit., p. 84.

En esta línea la aparición del enfoque y metodología transversal se debe también a la presencia de la *posmodernidad pluralista*. Es la posmodernidad que predica Lyotard: una posmodernidad heterófila: “concepción de la realidad como multiplicidad heterogénea e irreductible”³⁵. Y que no es en principio un “*invento*” de filósofos, artistas, teóricos o académicos, sino que es el actual horizonte de los tiempos presentes, es de nuestra actual realidad que es un flujo complejo y de múltiples cambios en torno a las complejas urdimbres de la vida, de la realidad heterogénea, de sistemas plurales, de discursos distintos y variables. Es en el marco de toda esta suma de factores complejos de los últimos tiempos en que se fue gestando y articulando progresivamente la transversalización. Y llámesele discurso, enfoque, método, concepción filosófica, o acaso los más pragmáticos en el ámbito político una simple “estrategia” para aspirar a determinados fines –políticos, cognitivos, etc.–, el hecho es que esta forma de ver la realidad se ha venido imponiendo; y por ahora si bien no ha llegado a tomar cuerpo en el mundo filosófico, las ciencias sociales hace ya buen tiempo vienen impulsando su instrumentalización para entender las realidades contemporáneas dentro del marco de la diversidad óptica del ser.

3. UNA APROXIMACIÓN EPISTÉMICA A LA NOCIÓN DE LO TRANSVERSAL

El conocimiento humano, a lo largo de su evolución, ha sido objeto de reflexión en los predios de la filosofía, como ya se ha sugerido, hoy el acercamiento cognitivo de la realidad pasa por un complejo horizonte en el que confluye tanto la ciencia como la filosofía. Mario Bunge, por ejemplo, expresa un enfoque que él mismo lo identifica como el “*realismo filosófico*”, en la cual, según este epistemólogo, se trata de siete componentes, con lo cual se puede enfrentar a la “bestia negra” del posmodernismo³⁶: la realidad.

Así, Bunge quinta esencia su formulación de los siete constituyentes del realismo filosófico integral:

³⁵ LYOTARD, Jean-François: *La condición posmoderna*, op. cit., p. 43 y ss; y BERMEJO, Diego: *Ibidem*, p. 87.

³⁶ BUNGE, Mario: *A la caza de la realidad. La controversia sobre el realismo*, Gedisa, Barcelona, 2006.

“R ontológico = El mundo externo existe por sí mismo.
 R gnoseológico = El mundo externo puede ser conocido.
 R semántico = Referencia externa y verdad fáctica.
 R metodológico = Contrastación con la realidad y científicismo.
 R axiológico = Valores objetivos tanto como subjetivos.
 R ético = Hechos morales y verdades morales.
 R práctico = Eficiencia y responsabilidad”³⁷.

Dejemos a su propio autor explicar ya en sus propios términos la postura de su *realismo filosófico integral*, dado que aquí, igualmente se observa una transversalización cognitiva de cómo se interconectan la propia reflexión y el entendimiento mismo de la realidad. La realidad como se sabe es una sola; pero ella es en sí pluridimensional y multifacética³⁸. En tal perspectiva, Bunge explica:

“El realismo filosófico integral es un sistema (o “totalidad orgánica”), en lugar de un conjunto de opiniones desconectadas. De tal modo, el realismo práctico es la tesis de que la acción debe ser eficiente, así como consistente con un mínimo de moralidad, aunque solo fuese porque la acción inmoral es, en última instancia, autodestructiva. El realismo ético promueve la investigación de problemas morales de la vida real con ayuda del conocimiento científico o tecnológico pertinente. Una axiología es realista en la medida que trata con valores tanto objetivos como subjetivos y justifica los primeros con la ayuda de conocimiento firme y argumentos eficaces. Una metodología es realista si adopta la estrategia que los científicos y tecnólogos realmente utilizan para estudiar o modificar la realidad. Una teoría semántica es realista si contiene una teoría de la referencia que permita hallar aquello a lo cual hacen referencia los predicados y las proposiciones y adopta la concepción de la verdad fáctica como correspondencia. Una gnoseología es realista si tiene contacto con la psicología cognitiva y muestra que la exploración científica del universo presupone los realismos ontológico y gnoseológico. Por último, la ontología realista supone la existencia independiente (o sea, no subjetiva) del universo”³⁹.

³⁷ BUNGE, Mario: op. cit. p. 343.

³⁸ GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Conocimiento y Derecho. Apuntes para una Filosofía del Derecho*, 2ª edición, Biblioteca Jurídica Contemporánea N.º 4, Centro de Investigaciones Judiciales “Manuel Augusto Olaechea” de la Corte Superior de Justicia de Ica, Editorial San Marcos, Lima, 2004.

³⁹ BUNGE, Mario: op. cit. p. 344.

Bien cabe señalar que si bien la idea de la transversalización no es, en sí, una *concepción filosófica*; subyace en ella una visión del mundo, para entender la realidad en todas sus implicancias y complejidades, a la que hemos venido aludiendo. De allí que la transversalidad pretende llegar a conocer la realidad ontológica; y la filosofía, de igual forma, y de otra perspectiva *trascendente*, confluye a lo mismo. Por tanto, ambas áreas llegan a conectarse, desde orillas distintas.

Y es que si el hombre se empeña en conocer la realidad, es para entenderla, comprenderla, modificarla en su beneficio. Para ello, la filosofía suministra cánones de entendimiento a partir de estas *categorías fundamentales*, que van a servir al hombre, llegar a conocer no sólo lo que se presenta a flor de piel en la realidad⁴⁰ o lo ontológico; sino lo ignoto que ello resulta⁴¹. De allí que esa realidad que existe independientemente del presente del hombre (lo ontológico), es posible de ser conocido (gnoseológicamente). Para ello, el hombre apela a diversos recursos tecnológicos y metodológicos. En el plano de lo transversal, su presencia se viene impulsando en la praxis de los gobiernos, dado que un paso que el Estado impulsa en cualquier sector, va a estar implicado con otros ámbitos; y éstos con otros. Es como tocar un hilo de una telaraña: al tocar una delgada fibra, se toca el universo de esa telaraña. Así, si en una política pública, el Estado determina desarrollos y programas sobre el tema de la violencia de género, del sistema de justicia, de la enseñanza, de la salud, etc., va a transversalizar un ámbito con otro. Para ello, debe medir las *consecuencias*. Diríase que toda política pública con enfoque transversal, anida una *política previsor*a. Por otro lado, Bunge internaliza que esta realidad tiene que estar cartabonada con un criterio semántico: su discurso tiene que estar con enunciados o proposiciones que prediquen una verdad, bien sea lógica o empírica. A ello se suma un criterio metodológico o lo que se pretende conocer o lo que se enuncia a través de las *proposiciones* debe ser contrastado, cotejado, experimentado. Creemos que un discurso de entendimiento transversal, por otro lado, no puede estar despojado de una concepción axiológica o estimativa. La ética del entendimiento debe expresarse en que los fines de cualquier proyecto con implicancia transversal, tiene que tener un contenido de lo que se desea, un *desiderátum* del bien. Por cierto, que una postura perversa del enfoque transversal, puede también utilizar esta “transversalidad” para hacer el mal: ejemplos claros los tenemos a lo largo de la

⁴⁰ DELEUZE, Guilles y Félix GUATTARI: *¿Qué es la filosofía?*, traducción de Tomás Kauf, 11ª edición, Anagrama, Barcelona, 2006.

⁴¹ ETO CRUZ, Gerardo: “El conocimiento prohibido y el clon humano”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, N.º 98, Lima, febrero de 2016, pp. 161-169.

historia, sobre todo en los conflictos bélicos⁴², y más reciente de las organizaciones criminales de trata de blancas, de narcotráfico, de tráfico de armas, a nivel estatal de terrorismo de Estado, genocidio, desapariciones forzadas o involuntarias. Allí también hay estudios objetivos y metodológicos destinados al mal⁴³.

En buena cuenta, suscribimos los planteos del profesor Bunge, que sirven para entender la transversalidad a partir de estas categorías filosóficas que se abren en los predios de la filosofía.

Actualmente, y como consecuencia de la polémica entre filósofos alemanes que mantienen la reserva de la modernidad (Jürge Habermas), y de los franceses, que auspician la posmodernidad (Jean-François Lyotard), se ha gestado una corriente filosófica en torno a los nuevos retos que enfrenta adquirir los conocimientos desde una perspectiva transversal, la misma que sí tendría una base y fundamento y concepción filosófica, entre los que destacan, en líneas generales, diversos filósofos y que aquí apenas vamos a consignar algunos de ellos.

En lo que toca a los orígenes de la transversalización, destacan los filósofos Gilles Deleuze y Félix Guattari.

Los autores, al alimón y en forma y estilo desenfadado, empiezan hablando del *libro*, clara influencia, no queda duda de Derrida⁴⁴ y de Foucault⁴⁵. “Nosotros no hablamos de otra cosa: las multiplicidades, las líneas, estratos y segmentaridades”. “Un primer libro, plantean los filósofos, es el libro-raíz. El árbol ya es la imagen del mundo, o bien la raíz es la imagen del árbol-mundo”. El libro, prosiguen, imita al mundo, como el arte a la naturaleza⁴⁶.

Asumiendo la concepción del rizoma en su proyecto *Capitalismo y esquizofrenia*, ambos autores plantean la idea que el rizoma es la “imagen de

⁴² Vid. una visión en perspectiva a FOSSAERT, Robert: *El mundo en el siglo XXI*, traducción de Eliane Cazenave-Tapie, Siglo XXI, México, 1994, pp. 106 y ss; WHITE, Matthew: *El libro negro de la humanidad. Crónica de las grandes atrocidades de la historia*, Crítica, Barcelona, 2012.

⁴³ ZAFRANSKI, Rüdiger: *El mal o el drama de la libertad*, 2ª edición, traducción de Carl Hanser, Tusquets, Barcelona, 2010.

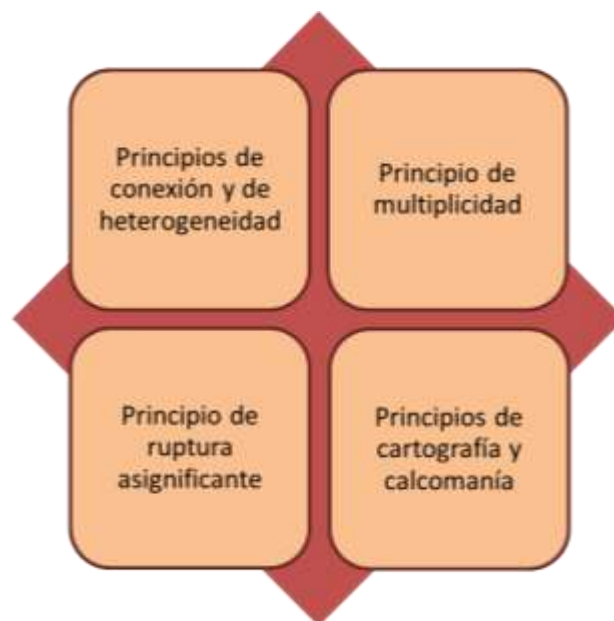
⁴⁴ DERRIDA, Jacques: *De la Gramatología*, traducción de Óscar del Barco y Conrado Ceretti, revisión de Ricardo Potschart, Siglo XXI editores, México, 4ª edición, 1971.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel: *La arqueología del saber*, traducción de Aurelio Garzón del Camino, 2ª edición, Siglo XXI, México, 2010; *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, traducción de Elsa Cecilia Frost, 2ª edición, Siglo XXI, México, 2010; *Qué es un autor*, traducción de Silvio Mattoni, seguido de apostillas por Daniel Link, El cuento de la Plata, Argentina, 2010.

⁴⁶ DELEUZE, Guilles y Félix GUATTARI: *Rizoma*; disponible en: <http://www.fen-om.com/spanishtheory/theory104.pdf>; complemento de este trabajo, es un texto confrontacional de ambos autores: *¿Qué es la filosofía?*, traducción de Tomás Kauf, 11ª edición, Anagrama, Barcelona, 2006.

pensamiento inspirada en el rizoma botánico que aprehende las *multiplicidades*. Desde esta perspectiva se trata en el enfoque de Guattari y Deleuze de un criterio epistemológico en lo que todos los elementos se imbrican e influyen en los demás. En esta concepción rizomática el concepto “estructura” es depuesto porque los elementos que van a cumplir un rol o una función distinta pero complementaria y en términos jerarquizados no es concebido en dichos filósofos. Aquí su concepción no permite que los elementos tengan una subordinación jerárquica. Aquí, por el contrario, cada elemento tiene una posición recíproca.

Los filósofos han establecido algunos caracteres generales del rizoma que aquí transcribimos:



1) Principios de conexión y de heterogeneidad: cualquier punto del rizoma puede ser conectado con cualquier otro y debe serlo.

2) Principio de multiplicidad: sólo cuando lo múltiple es tratado efectivamente como sustantivo, multiplicado, deja de tener relación con lo Uno como sujeto o como objeto, como realidad natural o espiritual, como imagen y mundo. Las multiplicidades son rizomáticas y denuncian las pseudo-multiplicidades arborescentes.

3) Principio de ruptura asignificante: frente a los cortes excesivamente significantes que separan las estructuras o atraviesan una. Todo rizoma comprende líneas de segmentariedad según las cuales está estratificada, territorializado, organizado, significado, atribuido, etc.; pero también líneas de desterritorialización según las cuales se escapan sin cesar.

4) Principios de cartografía y calcomanía: un rizoma no responde a ningún modelo estructural o generativo. Es ajeno a toda idea de eje genético, como también de estructura profunda⁴⁷.

Como se podrá apreciar, aun dentro del estilo en que articulan su pensamiento, está aquí la concepción rizomática.

Los paradigmas contemporáneos: pluralidad, transversalidad y multiculturalidad

La posmodernidad si bien tiene una fecha cronológica de identificación⁴⁸, ella ha traído una serie de cambios de paradigmas del que solía hablar el historiador de las ciencias Thomas Kuhn. Hoy el *factum* que presenta el horizonte contemporáneo es la pluralidad, la transversalidad y el multiculturalismo.

Se afirma que estamos asistiendo al tránsito del pensamiento metafísico al posmetafísico; del pensamiento moderno al posmoderno, del pensamiento unitario al pensamiento pluralista. Y si el pensamiento plural quiere ser radical, deviene en transversal y ella –la transversalidad– se presentaría hoy como una categoría hermenéutica final de la constitución de lo real/racional⁴⁹.

El contexto en el que surgen estos paradigmas cognitivo-hermenéuticos es la condición de la posmodernidad que ha puesto a la filosofía a que asuma el reto de pensar y reflexionar desde una perspectiva de la pluralidad, la heterogeneidad y la diferencia en el nuevo *topos*. A este respecto, el filósofo

⁴⁷ DELEUZE, Guiller y GUATTARI, Félix: *Rizoma*; disponible en: <http://www.fen-om.com/spanishtheory/theory104.pdf>

⁴⁸ Si la modernización se entiende, en perspectiva de Gianfranco Pasquino, el conjunto de cambios en la esfera política, económica y social que ha caracterizados los dos últimos siglos y que arranca como *annus admirabilis* a partir de la Revolución Francesa de 1789; la posmodernidad que fuera acuñada por Jean-François Lyotard en su obra *La condición posmoderna* arranca cronológicamente a partir de 1975. Vid, al respecto, a BOBBIO, Norberto, Nicola MATTEUCCI y Gianfranco PASQUINO: *Diccionario de Política*, Siglo XXI, T. II, 15ª edición en español, México, 2007, pp. 988-998; igualmente, a FOSTER, Hal: “Introducción al posmodernismo”, en *La posmodernidad*, Jorge HABERMAS, J. BAUDRILLARD, E. SAID, F. JEMESON y otro, edición a cargo de Hal Foster, 7ª edición, Kairós, Barcelona, 2007, p. 17; y MORET, Román: “La posmodernidad: intento de aproximación desde la Historia del Pensamiento”, en *Bajo palabra*, Revista de filosofía, II Época, N.º 7, 2012, pp. 339-348.

⁴⁹ BERMEJO, Diego: “Pensar la pluralidad”, op. cit., p. 82 y s.

Bermejo ubica el contexto donde surgen estos nuevos paradigmas, fruto de la *crisis del fundamento, crisis del sujeto y crisis de la historia*.

Así, aparte de la crisis de la *razón metafísica*, la crítica ha enfocado desde diferentes corrientes filosóficas dicha crisis del fundamento. Por ejemplo, enuncia algunas críticas:

“pérdida del centro (Piaget) desencantamiento del mundo y politeísmo de valores (Weber), diseminación/deconstrucción (Derrida), despedida del principio (Marquard), crisis de los grandes relatos o metarrelatos (Lyotard), bancarrota de las ideas generales (Schmitt), escepticismo frente al dogmatismo (Gadamer), crisis de la evidencia fenomenológica (Apel), final de la metafísica (Heidegger), secularización radical y pensamiento débil (Vattimo), pensamiento de la contingencia (Rorty), pluralidad de juegos lingüísticos (Wittgenstein), pluralidad de mundos (Goodman), el fin de las certidumbres (Prigogine), crisis de los fundamentos científicos (Bachelard), pluralidad de paradigmas científicos (Kuhn), anarquismo metodológico (Feyerabend), relatividad de la objetividad, neutralidad y universalidad de la ciencia (Sellars, Quine, Goodman, Hesse), etc.”⁵⁰.

El sustento al arsenal crítico que se indica, radica en el balance crítico a la razón y que ha llevado a las actuales corrientes a negar la unidad: “no existe un único fundamento ni un único modo de fundamentación en la forma de síntesis última o de estructura estable y necesaria ni una fundamentación última”⁵¹. Y anota enseguida Bermejo: “Si se quiere seguir hablando en clave fundacional, habrá que hacerlo en plural y de modo relativo y provisorio: habrá que hablar de fundamentos y de paradigmas, de fundamentación; de razones múltiples, pero no de una razón única y última”.

En lo que respecta al *multiculturalismo*, este discurso viene siendo utilizado en diversos predios: desde la filosofía política, la antropología, la ciencia política y el Derecho, en especial el Derecho Constitucional. A través de este paradigma que ha sido abordado en su momento por Charles Taylor y Will Kymlicka, fue en parte concebido por Herman Heller y retomado desde una perspectiva constitucional por Peter Häberle⁵². Se trataría en parte de una corriente

⁵⁰ Ibidem, p. 83.

⁵¹ Ibidem, pp. 81 y ss.

⁵² ETO CRUZ, Gerardo: “Multiculturalismo, consulta previa y Constitución ecológica”, ponencia presentada al *X Conversatorio de la Jurisdicción Constitucional: Encuentro Constitucional por la*

ideológica del siglo XXI como un proyecto político de una nueva visión global de las relaciones sociales, igualmente como una corriente ecológica, como reacción frente al asimilacionismo ejercido por una cultura mayoritaria con el fin de reivindicar el derecho de las minorías a la diferencia. En estas cosmovisiones del mundo, la transversalidad y la multiculturalidad no se opone; no se bifurcan, al contrario: confluyen y se complementan en los escenarios de lo que hoy se puede identificar como los *sistemas complejos*. En efecto, aquí opera la dialéctica de la “diferenciación” y la “integración” en la construcción del conocimiento⁵³.

Estas paradojas se ubican en los marcos de un nuevo discurso teórico-filosófico en el cual se permite reflexionar en torno a la pluralidad como un núcleo racional de entendimiento. Así, como anota el profesor Diego Bermejo, “pensar la pluralidad, con rigor intelectual y responsabilidad ética, exigirá un nuevo planteamiento de la cuestión de la razón –unidad/pluralidad, redefinida y recuperada como transversalidad, tanto frente al rechazo total de la misma, llevada a cabo por la crítica más radical, como frente a su hipostatización idealista, defendida por posturas nostálgicas y restauracionistas”⁵⁴.

4. POR LOS MEANDROS SEMÁNTICOS DEL CONCEPTO TRANSVERSAL

De acuerdo a la REA, “transversal” –también se puede escribir como “trasversal”– proviene del latín “transversalis”, y éste de “transversus”, que a su vez viene de “transverso”, que significa moverse a través, atravesar, atravesado⁵⁵.

Así, la REA le asigna diversas acepciones:

- Que se halla o se extiende atravesado de un lado a otro⁵⁶.
- Que se aparta o desvía de la dirección principal o recta.
- Que se cruza en dirección perpendicular con aquello de que se trata
- Dicho de un pariente: colateral

Tierra, organizado por la Corte Constitucional de Colombia, realizado en la ciudad de Ibagué (Tolima), durante los días 17 al 19 de septiembre de 2014.

⁵³ GARCÍA, Rolando: *Sistemas complejos. Conceptos, métodos y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria*, Gedisa, Barcelona, 2013, pp. 83 y ss.

⁵⁴ BERMEJO, Diego: *Posmodernidad: pluralidad y transversalidad*, antecede prólogo de Patxi Lanceros, Anthropos, Barcelona, 2005.

⁵⁵ SEGURO MUNGUÍA, Santiago: *Nuevo diccionario etimológico latín – español y de las voces derivadas*, 4ª edición, Deusto, U. de Bilbao, Bilbao, 2010, p. 792.

⁵⁶ Acepción principal que consigna la REA, en su *Diccionario esencial de la lengua española*, Espasa Calpe, Madrid, 2006, p. 1464.

- Que atañe a distintos ámbitos o disciplinas en lugar de a un problema concreto: p.e., *estudio transversal*.
- [En psicología] Dicho de un método de análisis: que estudia la estructura de un problema en un momento dado⁵⁷.

En el diccionario ideológico de la REA, igualmente la acepción *transversal* lo identifican como adjetivo: “que atraviesa de un lado a otro”; lo identifica igualmente con una segunda acepción: “que se inclina o desvía de la dirección principal o recta”⁵⁸.

El núcleo de lo transversal es, no cabe duda, “atravesar”; y de acuerdo al diccionario ideológico de la REA, encontramos entre otras acepciones de este término [“atravesar”] lo siguiente: “poner una cosa sobre otra de manera que pase de una parte a otra”. Igualmente, encontramos esta otra expresión: “pasar cruzando de una parte a otra”⁵⁹.

De todo esto, se puede llegar a ciertas ideas que rodean lo que es la transversalización:

a) por su sintaxis, constituye una palabra generada por un lexema (*transversal*) y es a la vez un sufijo sustantivo de adjetivo (-dad). De allí el término “transversalidad”⁶⁰.

b) Por otro lado, constituye una palabra *polisémica*, en tanto tiene diversas acepciones no sólo como una *concepción* de ver las cosas, la realidad interconectada con otras; sino como una *teoría* misma despojada de contenido ideológico y que se presenta como una instrumentalización *neutral*: ello se evidencia en las políticas públicas y gubernamentales de cualquier régimen político.

c) Tiene, por tanto, un carácter *político* para llegar a establecer objetivos que integren metas que se trace un gobierno, sea cual fuere su régimen u orientación ideológica.

d) Son formas propias de la posmodernidad en la que el hombre apela a diversos recursos como instrumentos cognitivos para llegar a conocer y reconstruir la esencia totalizadora e integral de la realidad, por tanto se puede utilizar en cualquier disciplina científica que se relacione “transversalmente” con otras.

⁵⁷ *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo I, Real Academia Española, Vigésima Tercera Edición, Edición del Tricentenario, Espasa Libros, Bogotá, 2014, p. 2158.

⁵⁸ CASARES, Julio: *Diccionario ideológico de la Lengua Española: de la idea a la palabra, de la palabra a la idea*, 2ª edición (24 tiradas), Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 2007, p. 829.

⁵⁹ CASARES, Julio: op. cit., p. 84.

⁶⁰ Vid. a PALACIOS NERI, Javier: op. cit. y BEATRIZ QUINTANA, María: op. cit.

e) No proviene de los predios de la filosofía⁶¹, no se encuentra explícitamente abordada en alguna corriente o pensamiento filosófico⁶²; mas ello no impide observar que en los tópicos del ser, de la realidad, de la ontología, esta forma de ver y entender las cosas, la transversalización está subyacente, acaso como una metodología que como concepción misma de las cosas⁶³.

f) En los últimos tiempos, epígonos de la posmodernidad vienen reconociendo un aliento filosófico-hermenéutico a la transversalidad. Y hoy, bajo la ecuación: posmetafísica = posmodernidad = pluralidad, se ha reinterpretado, matizándose esta ecuación: posmetafísica = posmodernidad = pluralidad = pluralidad radical = pluralidad compleja = transversalidad⁶⁴.

g) Hoy, para un sector de filósofos como Welsch, la transversalidad constituye la categoría central de la definición misma de la razón⁶⁵.

Con todo, más allá de las diversas acepciones polisémicas que pueda entrañar esta palabra, ella está vinculada a la realidad, más que a la entelequia de los filósofos y pensadores; si bien dimana de ella, vuelva a ser parte de ella. Pero tras ella, está presente la realidad misma a la cual se debe. En este sentido, resulta aquí pertinente lo que explica Steven Pinker:

“Las palabras están ligadas a la realidad cuando su significado, como ocurre con los verbos factitivos, dependen del compromiso que el hablante asuma respecto a la verdad. Pero también están ligados a la realidad de una forma aún más directa. No se refieren simplemente a hechos sobre el mundo almacenados en la cabeza de la persona, sino que están entretejidas en la estructura causal del propio mundo”⁶⁶.

⁶¹ DURANT, Will: *Historia de la Filosofía*, Joaquín Gil Edit., Buenos Aires, 1947.

⁶² José FERRATER MORA (1912-1991), en su clásico *Diccionario de Filosofía* (cfr. Ariel, 9ª edición revisada, aumentada y actualizada por Josep-María Terricabres, 4 vol., Barcelona, 2004) no comprende dicho término; lo propio no se alude en el *Diccionario de Filosofía* de Niccola ABBAGNANO (traducción de José Esteban Calderón, Alfredo N. Galleti, Eliane Cazenave Tapie, Beatriz Gonzáles Casanova y Juan Carlos Rodríguez, edición actualizada y aumentada por Giovanni Fornero, Fondo de Cultura Económica, México, 2007).

⁶³ Ello puede apreciarse en STÖRIG, Hans Joachim: *Historia universal de la filosofía*, traducción de Antonio Gómez Ramos, Tecnos, Madrid, 1995; vid., en especial, el excursus teórico de la metafísica moderna, en especial el realismo crítico de Nicolai Hartmann; así como la fenomenología de Edmund Husserl; pp. 634 y ss; 650 y ss.

⁶⁴ BERMEJO, Diego: “Pensar la pluralidad”, op. cit., pp. 81 y 106.

⁶⁵ PÖPPEL, Huber: “La razón transversal. La posición de Wolfgang Welsch en el enfrentamiento entre modernidad y posmodernidad”, en *Revista de Estudios de Filosofía*, N.º 24, Universidad de Antioquía, 2001, pp. 31-50.

⁶⁶ PINKER, Steven: *El mundo de las palabras. Una introducción a la naturaleza humana*, traducción de Rc Filella, Paidós, Barcelona, 2007, pp. 24-25.

Segunda parte

La transversalización del Derecho Constitucional

La transversalización en el derecho constitucional se presenta, en dos ámbitos que aquí podemos brevemente esbozar de modo tentativo y acaso provisional, dado que este nuevo enfoque o paradigma cognitivo e instrumental que se utiliza en otros ámbitos, puede legítimamente ser desarrollado en los predios del Derecho Constitucional.

Por lo pronto, debemos aclarar que esta transversalización no ha sido abordada con el debido lente inquisidor en la Teoría Constitucional clásica, ni contemporánea.

Sólo para citar a guisa de ejemplo en los monumentales trabajos de Kelsen, Schmitt, Heller y Smend, las perspectivas fueron radicalmente distintas y montado bajo concepciones, si bien totalizadoras de su enfoque jurídico político, en estricto no se detuvieron a ver enfoques transversales: el pensamiento de estos autores fue parte de su concepción que forjaban en términos pioneros y primigenios. En estos “gigantes de Weimar” (Häberle) fluyen pensamientos políticos, formas e instituciones y su concepción es espléndida (Ayala). Así, en su *Teoría de la Constitución*, Schmitt en su decisionismo político⁶⁷, se aprecia un concepto “absoluto”, “relativo” y “positivo” de Constitución. Al decir de don Manuel García Pelayo, el planteo schmittiano se aprecia la afirmación de la autonomía política frente a la tendencia dominante en las teorías contemporáneas⁶⁸. Lo propio y en el otro extremo, podemos afirmar de Kelsen cuya vida y obra fue desarrollada toda una ciencia del derecho desde una perspectiva jurídica (*Teoría Pura del Derecho*), si bien sus monumentales obras⁶⁹, girarán siempre en una contradicción del derecho despojado de influencias metajurídicas, esto es, inversamente de la orilla de su enemigo y contendor Schmitt⁷⁰, su posición fue la del escriba que ha sido calificado como

⁶⁷ SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, presentación de Francisco Ayala y epílogo de Manuel García Pelayo, Madrid, 1992; NEGRO PAVÓN, Dalmacio (coordinador): *Estudios sobre Carl Schmitt*, Colección Veintiuno, Madrid, 1996.

⁶⁸ Vid., el “Epílogo” que hace don Manuel García Pelayo a Schmitt, en *Teoría de la Constitución*, op cit., pp. 373-377.;

⁶⁹ KELSEN, Hans: *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, traducción de la segunda edición del alemán por Wenceslao Roces, notas, revisión y presentación de Ulises Schmill, Porrúa, México, 1987; *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Maynez, UNAM, México, 1988; *Teoría pura del derecho: introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, traducción de la primera edición de Reine Rechtslehre, presentación de Gregorio Robles, Trotta, Madrid, 2011.

⁷⁰ KELSEN, Hans y SCHMITT, Carl: *La polémica Schmitt/Kelsen: el defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, estudio preliminar de Giorgio Lombardi, traducción de

el jurista del siglo XX⁷¹ y creador nada menos de los actuales tribunales constitucionales del mundo. Lo propio puede predicarse de otro gigante del *ius publicum* europeo: Herman Heller, quien bastó casi con su *Teoría del Estado*, donde allí se aprecia los aporte dialécticos de lo que es hoy el constitucionalismo cultural, acaso como un cuarto elemento del Estado. Acaso en este jurista y politólogo, puede observarse parte del germen conceptual de una transversalización a partir de un desarrollo metajurídico y metapolítico⁷². La transversalización empieza con el multiculturalismo. Y Heller es pionero en esta concepción cuando aporta un “cuarto elemento” al Estado: el elemento cultural. Recuérdese que el Estado tiene tres componentes: el elemento geográfico, que es el territorio; el elemento humano, que es el pueblo; y elemento jurídico político, que es el poder político y la soberanía. El elemento cultural, lo ha retomado con mayor profundidad Peter Häberle, y luego lo ha replanteado otros autores contemporáneos: Charles Taylor y Will Kymlicka. Finalmente, Rudolf Smend siguió la línea de los dos primeros pensadores aludidos aquí: desarrolló una base teórica de la Constitución como un *proceso de integración*. El Estado, a criterio de Smend, es “un trozo de una vida espiritual, y como tal, sus elementos integrantes no están ni en pura e irreductible contraposición, ni relacionados causalmente, sino que individuo y comunidad, vida individual y vida supraindividual, ser y sentido individual y atemporal, se vinculan y condicionan recíprocamente, y por lo tanto, están unidos por una relación dialéctica que se expresa en una totalidad”⁷³. Este subyugante planteo de Rudolf Smend, es de pura cepa en lo que no se pregonaba una “transversalidad”, pero subyace y acaso la supera.

Y ya no hablamos de las posiciones en la línea politológica de Carl Loewenstein⁷⁴, ni de García Pelayo con su concepción racional-normativo, histórica y sociológica de Constitución⁷⁵; aun cuando puede intuirse cortes “transversales” de enfoque, lo propio la postura de Peter Häberle⁷⁶; lo propio en América Latina, sólo para citar a Germán Bidart Campos⁷⁷, con su enfoque más

Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid, 2009; CORDOVA VIANELLO, Lorenzo: *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, Fondo de Cultura Económica, UNAM, México, 2009.

⁷¹ Vid. a RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo (editor): *Ecos de Kelsen: vida, obra y controversias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012; MANTILLA PINEDA, Benigno: *Hans Kelsen: el jurista del siglo XX*, Señal Editora, Medellín, 2003.

⁷² HELLER, Herman: *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1990.

⁷³ GARCÍA PELAYO, Manuel: *Derecho Constitucional comparado*, introducción de Manuel Aragón, Alianza editorial, Madrid, 2000, p. 81.

⁷⁴ LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª edición, reimpresión, Ariel, Barcelona, 1982.

⁷⁵ GARCÍA PELAYO, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*, introducción de Manuel Aragón, 1ª reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2000.

⁷⁶ Claro aliento “transversal” sin proponérselo es su obra *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 103 y ss.

⁷⁷ BIDART CAMPOS, Germán: *Derecho Constitucional*, Tomo I., Ediar, Buenos Aires, 1961.

que transversal, tridimensional; o las penetrantes líneas del profesor de Rosario, Néstor Pedro Sagüés⁷⁸, cuya visión sin explicitar su transversalidad, aborda en diversas líneas el poder y el derecho en la Teoría Constitucional; y así podemos apreciar en Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia⁷⁹, Alessandro Pizzorusso⁸⁰, José Afonso da Silva⁸¹, tanto como en el Perú con Domingo García Belaunde⁸² cuyos trabajos del derecho constitucional no sólo se han limitado al estudio normativo; sino que abre fronteras con otros estudios multidisciplinarios. En buena cuenta, si bien no hay un enfoque expresamente “transversal”, materia que ha sido más abordado por los predios de las ciencias sociales⁸³; los enfoques del derecho constitucional, en los últimos tiempos, reclaman siempre su estudio propio; sin que ello suponga un activismo de fronteras cognitivas con otras disciplinas, por un lado; y por otro, con permear los otros contenidos normativos.

Más allá de esta visión panorámica en torno a la teoría constitucional clásica como contemporánea, ello, sin embargo, no impide reconocer que parte de lo que hoy se concibe en las ciencias sociales como lo transversal del conocimiento, fue ya en parte esbozado en los orígenes mismos del Derecho Constitucional, cuando Pellegrini Rossi expresaba que: “La Constitución es la cabecera de todo el ordenamiento jurídico”.

Este original planteamiento habría de ser retomado en los últimos años por un sector de filósofos que han empezado a desarrollar reflexiones en el campo del Derecho Constitucional. Nos referimos al *neoconstitucionalismo* que tiene representantes tanto en Europa (Guastini, por ejemplo⁸⁴), como en América Latina (Miguel Carbonell, entre otros⁸⁵).

⁷⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*, 2 Vol, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2003, vid. T. I, pp. 41 y ss.; *Mundo jurídico y mundo político*, Depalma, Buenos Aires, 1978; *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001; y su *Manual de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007.

⁷⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador. *Derecho Constitucional mexicano y comparado*. 2º ed. Porrúa y UNAM, México, 2001.

⁸⁰ PIZZORUSSO, Alessandro: *Lecciones de Derecho Constitucional*, 2 tomos, traducción de Javier Jiménez Campo, prólogo de Francisco Rubio Llorente, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

⁸¹ AFONSO DA SILVA, José: *Teoria do Conhecimento Constitucional*, Malheiros editores, Sao Paulo, 2014.

⁸² GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Conocimiento y Derecho. Apuntes para una Filosofía del Derecho*, 2ª edición, Biblioteca Jurídica Contemporánea N.º 4, Centro de Investigaciones Judiciales “Manuel Augusto Olaechea” de la Corte Superior de Justicia de Ica, Editorial San Marcos, Lima, 2004; e igualmente, *La Constitución y su dinámica*, Palestra, Lima, 2006; y *Constitución y política*, 3ª edición revisada y corregida, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional N.º 2, Lima, 2007.

⁸³ AYALA, Francisco: *Introducción a las ciencias sociales*, Aguilar, Madrid, 6ª edición, 1966; POVIÑA, Alfredo: *Sociología*, 5ª edición, Distribuidor Assandri, Córdoba, 1966.

⁸⁴ CARBONELL, Miguel (editor): *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta / UNAM, Madrid, 2007; del mismo editor: *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2006.

⁸⁵ CARBONELL, Miguel (editor): *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003; CARBONELL, Miguel y Leonardo GARCÍA JARAMILLO (editores): *El canon neoconstitucional*, UNAM/Trotta, Madrid, 2010;

Hoy el neoconstitucionalismo ha expresado que en los últimos tiempos, el fenómeno jurídico se ha “constitucionalizado” de tal manera que en los Estados contemporáneos existe una constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Retomaremos luego estos aspectos.

Pero lo que interesa aquí es delinear dos grandes derroteros donde se presenta la transversalización del Derecho Constitucional.

- a) Por un lado, **existe una transversalización interdisciplinaria**, en el entendido de que el conocimiento del Derecho Constitucional como disciplina científica se encuentra vinculado con otras vertientes disciplinarias y así se produce una *interdisciplinariedad* transversal y de retroalimentaciones recíprocas entre el Derecho y otras vertientes no jurídicas que se atraviesan. Esta transversalización interdisciplinaria ya no será de un conocimiento fragmentario y desintegrado; todo lo contrario, el enfoque transversal supondrá que cada vertiente disciplinaria; no obstante tener epistémicamente su objeto de estudio propio, ello no va a impedir que en sus fronteras cognoscitivas se atraviesen otras disciplinas que “ayudan” a entender en términos más abarcadores la realidad total. Nos explicamos: como ya se ha señalado, la realidad es una sola, pero ello es en sí pluridimensional y multifacética. En esta perspectiva, desde la óptica, el enfoque y el desarrollo de la ciencia del Derecho Constitucional, ella, como disciplina, va a “atravesar” a otras disciplinas, y viceversa, estas “otras” disciplinas atraviesan de un lado a otro, a los predios del Derecho Constitucional.

Es así como se presenta este primer plano de transversalización interdisciplinaria, esto es, entre una disciplina jurídica específica: el derecho constitucional, con otras que no son justamente disciplinas normativas, sino ontológicas o que estudian el ser o la realidad sin pretensiones normativas.

Aclarado este plano, viene a continuación una aproximación de vertientes disciplinarias que se interactúan, se atraviesan de un lado a otro.



A su vez, dentro de cada línea de disciplina distinta al Derecho Constitucional, aquí pálidamente esbozado, se presenta todo un complejo universo de contenidos temáticos, unos que están más “transversalizados” que otros con el Derecho Constitucional.

- b) El otro sector donde se atraviesa de un lado a otro en el Derecho Constitucional se encuentra lo que aquí nos permitimos denominar *la transversalización intradisciplinaria de las ciencias jurídicas*. Se trata, como lo ha esbozado Luis Favoreau, y luego en los últimos años, por Guastini, de un enfoque desde la constitucionalización del orden jurídico.

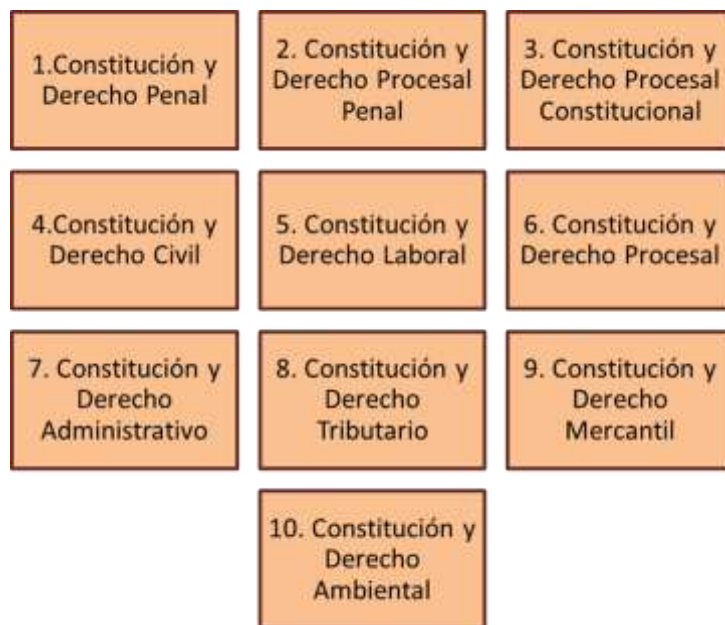
Esta transversalidad intradisciplinaria tiene características distintas a la primera arriba esbozada. En efecto: a) aquí se trata de disciplinas jurídicas todas, por tanto, epistémicamente concurren con pretensiones normativas, son disciplinas concurrentes y complementarias, entre sí; b) es una transversalidad jurídico-dogmática y que sólo atañe al mundo jurídico.

No obstante, la transversalidad lo permea el Derecho Constitucional frente a las restantes disciplinas jurídicas. Esta transversalidad es la que aquí lo identificamos con la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Las disciplinas que aquí son transversalizadas desde la perspectiva intradisciplinaria, se puede axiomáticamente enunciar que son

absolutamente todas las vertientes jurídicas. Y la razón es sencilla: la Constitución es la *fuerza de fuentes de todo el sistema jurídico*⁸⁶; siendo ello así, ha de suponerse que no existe ningún archipiélago del ordenamiento jurídico que no esté exento del influjo e irradiación de los contenidos, principios y valores que la Constitución expande en todo el orden de un sistema jurídico.

Estas disciplinas que son “atravesadas” por el Derecho Constitucional son:



Por cierto que aquí sólo se enuncian las más relevantes, pues hoy por hoy la eclosión de diversas especialidades en el mundo jurídico ha llevado a que se desarrollen y aparezcan disciplinas que hasta hace algunas décadas no existían. Tomemos, por ejemplo, los casos de estas “disciplinas” como son, y sólo a modo enunciativo: Derecho de Transporte, Derecho Marítimo, Derecho Aéreo, Derecho de Seguros, Derecho Aduanero, Derecho Bancarios, Derecho Industrial, Derecho de la Propiedad Industrial, Derecho Tributario, Derecho Societario, Derecho Penal Societario, Derecho Cambiario, Derecho Financiero, Derecho

⁸⁶ Cronológicamente, puede verse la evolución del concepto normativo de Constitución en los siguientes pensadores: HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, selección y traducción de Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte, introducción de Pedro Cruz Villalón, CEPC, Madrid, vid. especialmente capítulo “La fuerza normativa de la Constitución”, Madrid, 2012, pp. 77-95; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985; BIDART CAMPOS, Germán: *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 2004, pp. 19 y ss..

BLANCO VALDÉS, Roberto: *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, pp. 132 y ss; DE OTTO, Ignacio: *Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988.

Económico, Derecho del Comercio Internacional, Derecho Concursal y Derecho de la Empresa.

Con todo, aquí se enuncian los principales y que se desarrollarán a partir de lo que el TC ha interconectado, desde la interpretación constitucional del Derecho civil, laboral, penal, previsional, tributario, administrativo, etc.

Tercera Parte

La transversalización interdisciplinaria del Derecho Constitucional

1. INTRODUCCIÓN

Aunque se nos pueda endilgar de incurrir en una verdad de Perogrullo en el mundo académico, no está de más recordar que toda ciencia, para que se configure como tal, requiere de un objeto de estudio específico. Epistemológicamente, los objetos o fenómenos son los que, a la postre, motivan la presencia de determinada ciencia⁸⁷. Por otro lado, normalmente a un fenómeno que es dado, corresponde de modo homólogo una específica y particular ciencia que cubra metodológicamente su estudio. Aun cuando ello no impide en la perspectiva de Michel Foucault, acercarse a una racionalidad epistémica y establezca un punto de quiebre epistémico planteando nuevos enfoques a partir de la construcción de un complejo pensamiento que gestara a inicios de los años sesenta a ochenta.

Sin embargo, no siempre a un objeto de estudio, puede corresponder una sola disciplina que explique el fenómeno. En efecto, si tomamos como ejemplo al hombre, éste puede motivar diversas vertientes disciplinarias que, con sus particulares enfoques, estudien y den cuenta del hombre. Con todo, cabe aclarar que la concurrencia de diversas ramas científicas dependerá con qué perspectiva teórica se acerquen a estudiar al hombre. Así, la antropología dará cuenta del ser humano desde una postura de su devenir cultural, la ciencia médica desde el enfoque de las etiologías de las enfermedades y la solución a los problemas patológicos, la psicología a su vez, concurrirá desde el enfoque del estudio de la mente y de la conducta de las personas; en fin, así se podría ir explicando una serie de ciencias que van a estudiar a un solo objeto, pero desde variadas perspectivas y con distinto enfoque o aproximación teórica⁸⁸.

En el Derecho Constitucional, o más propiamente en la Teoría Constitucional, existe una transversalización que, como ya se ha expresado, se trata de que la disciplina constitucional “atraviesa” a “otras” disciplinas; pero ocurre que también éstas “otras” vertientes disciplinarias van a “atravesar” al Derecho Constitucional, generándose aquí una suerte de retroalimentación

⁸⁷ BUNGE, Mario. *La ciencia, su método y su filosofía*. Editorial Sudamérica, Buenos Aires,

⁸⁸ Al respecto, puede verse a SÁNCHEZ RON, José Manuel: *El poder de la ciencia*, Crítica, Barcelona, 2011, se trata de una historia social, política y económica de la ciencia (siglos XIX y XX), vid. pp. 173 y ss., y 969 y ss.

donde las fronteras cognitivas de cada disciplina, no van a tener compartimentos estancos, frangmentarios, sino que esta transversalidad va a ser de convergencia e integración. Y así tenemos que esta transversalidad por conexión se va a manifestar en estas disciplinas interconectadas o transversalizadas, las que se han señalado:

El Derecho Constitucional con:

- a) La Ciencia Política
- b) La Filosofía Política
- c) La Sociología Política
- d) La Economía Política

Aquí también podría entrar otros predios por conexión, como son entre otros, la *Historia*, y podría seguir enumerándose otra vertientes que siempre van a tener conexidad transversal como podrían ser diversas áreas de las ciencias sociales, que no consignamos pero que sólo lo enumeramos dado que la transversalización se produce de lado a lado, entre el Derecho Constitucional y de estas otras disciplinas que “interpenetran” a dicha disciplina.

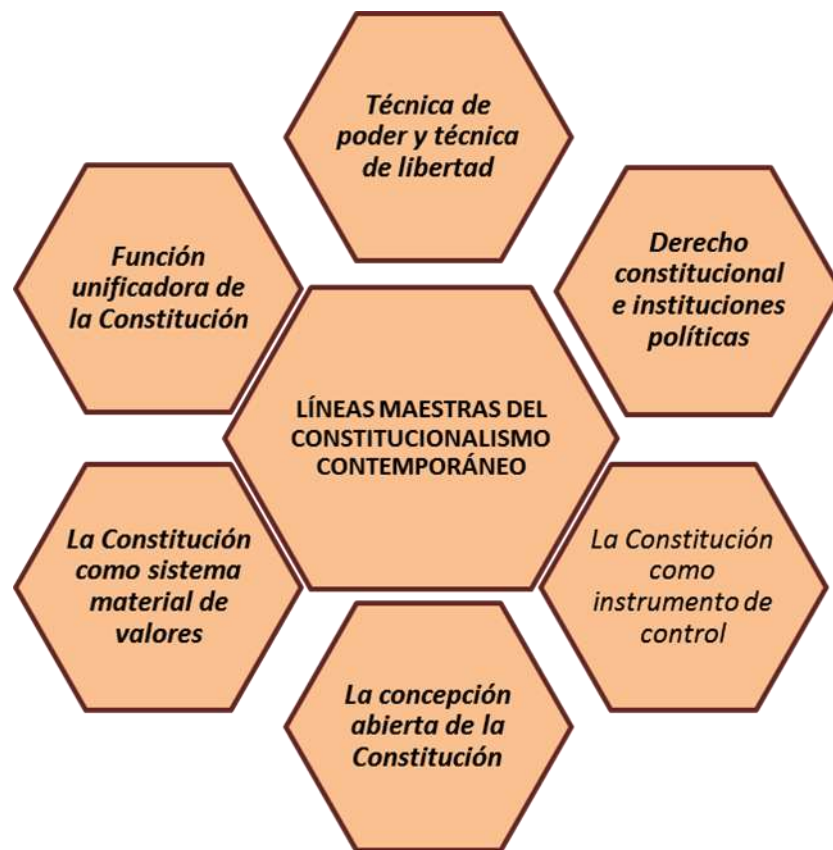
2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

No cabe duda que esta disciplina si bien pertenece a los predios del mundo jurídico, en la actualidad viene desarrollando una verdadera revolución de sus primigenios planteamientos, pues amén de haber ampliado el objeto de estudio de lo que antes era simplemente el texto constitucional, hoy se ha redimensionado a lo que podríamos denominar el *fenómeno constitucional*⁸⁹, lo cual presupone superar la tendencia a una excesiva formalización de la normatividad fundamental y a estudiar la propia realidad política utilizando diversos instrumentos metodológicos de la politología; claro ejemplo de ello es la obra de Karl Loewenstein.

Actualmente nuestra disciplina, como lo han quintaesenciado los ilustres profesores mexicanos Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona⁹⁰, presenta ciertas líneas maestras del constitucionalismo contemporáneo que permiten entender, estudiar y desarrollar sus grandes materias de estudio:

⁸⁹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Nuevas tendencias del Derecho Constitucional”, en *Constitución y Política*. 2º ed. Eddili, Lima, 1991, pp. 229-239.

⁹⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador. *Derecho Constitucional mexicano y comparado*. 2º ed. Porrúa y UNAM, México, 2001, pp. 27 y ss.



1. ***Técnica de poder y técnica de libertad***: Esto significa, superando las viejas polémicas entre Marcel Prelot que planteaba que el Derecho Constitucional sólo debe regular el fenómeno de la autoridad; y por otro lado Mirkin Guetzevich, quien postulaba que el Derecho Constitucional sólo era una técnica de la libertad; ambos extremos eran excluyentes, por lo que aquí cabría señalar que hay verdades que son ciertas en lo que afirman y falsas en lo que niegan. Fruto de estas posiciones vendría luego André Hauriou y en una postura conciliadora llegó a señalar que en puridad, el Derecho Constitucional es esencialmente la técnica de la conciliación de la libertad con el poder, entroncado en el marco del Estado. Y es que en un régimen de democracia constitucional, efectivamente todo gira en torno al poder y a la libertad. En tal sentido, el extremo de uno conlleva inexorablemente al autoritarismo; y el otro genera peor la anarquía; de allí que la democracia constitucional concilia en un sincretismo armónico a Escila y Caribdis.
2. ***Derecho constitucional e instituciones políticas***: Como ya se ha dicho, hoy el derecho constitucional ya no se limita sólo al estudio de la Constitución,

sino que desde hace mucho tiempo ha ampliado su método y su campo de conocimiento a otras ciencias como la sociología y la ciencia política, y en tal sentido, el estudio de la democracia, por ejemplo, no se limita sólo a lo que está dentro de la Constitución, sino fuera de ella; de allí que existan instituciones políticas *queridas* o *deseadas* (Parlamento, sufragio, elecciones, etc.); como hay instituciones políticas que *no son queridas* ni mucho menos *deseadas* (golpe de estado, violencia política, fraude electoral, etc.). A todo ello, el derecho constitucional lo califica como fenómenos patológicos de *mutaciones constitucionales* y *desconstitucionalizaciones*⁹¹. En tal sentido, ha sido el constitucionalismo francés el que ha empezado a denominar a esta disciplina jurídica como instituciones políticas y derecho constitucional o viceversa.

3. **La Constitución como instrumento de control:** Una Constitución que no pretenda racionalizar el ejercicio legítimo del poder, en rigor, no es Constitución⁹². A esta pretensión de control se le denomina parte orgánica, y aquí Karl Loewenstein ha destacado desde un enfoque politológico una división de controles en *horizontales* y *verticales*; los primeros que se dan teóricamente al mismo nivel entre los órganos del estado. Así, para que haya una democracia real y actuante debe existir los *frenos y contrapesos* entre los propios órganos del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial; sin embargo, desde hace ya mucho tiempo Carré de Malberg empezó a delinear que aparte de la triarquía clásica de los “*poderes del Estado*” existen otros órganos más que también envuelven esta ingeniería constitucional de los controles que son consustanciales en toda Constitución frente al poder político⁹³. Así, rol preponderante juegan en el Perú, el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, entre otros⁹⁴. Los *controles verticales* surgen de los individuos, de los grupos o de la distribución del poder hacia los órganos supremos del Estado (por ejemplo, desde este tipo de control vertical se manifiestan las *transiciones democráticas* como fue la que se gestara en el Perú cuando se derrumbara el régimen de Alberto Fujimori). A su vez, Loewenstein indica

⁹¹ DAU-LIN, Hsu: *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Christian Forster. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñate. 1998.

⁹² BIDART CAMPOS, Germán. *El Derecho Constitucional del poder*. Vol. I Ediar, Buenos Aires, 1967, pp. 129 y ss.

⁹³ CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría General del Estado*. Prefacio de Héctor Gros Espiell, Traduc. de José Lión Depetre. 1º reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 867 y ss, y 872 y ss.

⁹⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Perfil del Parlamento peruano”, en *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*. Cultural Cuzco, Lima, 1986, pp. 273-287, específicamente pp. 285-286.

que los *controles horizontales* pueden ser *intraórganos* o *interórganos*. Los primeros, se dan dentro de un mismo órgano del estado, como ocurre clásicamente con el bicameralismo, y los interórganos, cuando un órgano del Estado controla a otro órgano del Estado (por ejemplo el Legislativo frente al Ejecutivo, o el Tribunal Constitucional frente al Legislativo)⁹⁵.

Como se podrá apreciar, un régimen político o una democracia constitucional presupone, para su existencia, instrumentos de control; de allí que Manuel Aragón sostenga que el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución y de la propia democracia⁹⁶. Hoy, aparte de la visión política del control, existe una nueva visión de entender el control constitucional desde una perspectiva jurisdiccional. Y así surge en las últimas décadas el concepto de jurisdicción constitucional, entendido ésta como todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución. Y es aquí donde el control de la Constitución se va a expresar en los “procesos constitucionales” que van a controlar jurisdiccionalmente a toda autoridad, funcionario o persona vía la tutela de los hábeas corpus, amparos, hábeas data, proceso de cumplimiento; y por otro lado, el control de los procesos de inconstitucionalidad, acción popular y conflicto de competencias⁹⁷.

4. **La concepción abierta de la Constitución:** Así como en su momento Karl Popper escribiera *La sociedad abierta y sus enemigos*, en donde se supera la vieja concepción cerrada o teocéntrica del mundo; para entender la concepción abierta o antropocéntrica del mundo; igualmente las constituciones hoy se nos presentan como un modelo abierto, como indica Peter Häberle, dentro de una sociedad plural⁹⁸. De allí que como anota, Konrad Hesse, la Constitución no es un sistema cerrado u omnicomprensivo; no contiene una codificación, sino un conjunto de principios concretos y elementos básicos del ordenamiento jurídico de la

⁹⁵ LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit. pp. 232 y ss, 252 y ss, 294 y ss, 326 y ss. Una visión panorámica, puede verse en nuestro trabajo: ETO CRUZ, Gerardo: “Control constitucional y poder político. Navegando por los archipiélagos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en nuestro libro *Constitución y procesos constitucionales*, Tomo I, Adrus, Lima, 2013, pp. 549 y ss.

⁹⁶ ARAGÓN REYES, Manuel: *Constitución, democracia y control*, UNAM, México, 2002, p. 83.

⁹⁷ Vid. nuestro trabajo, “Contribuciones del Tribunal Constitucional al fortalecimiento de la democracia en el Perú. Una mirada panorámica a 30 años de su existencia”, en *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional peruano*, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, pp. 91 y ss.

⁹⁸ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Estudio introductorio de Diego Valadés, Traducción e Índices de Héctor Fix-Fierro. UNAM y Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2003, pp. 151 y ss. y 260.

comunidad para la que ofrece una norma marco⁹⁹. En esta misma línea de reflexión ubicase también Pablo Lucas Verdú¹⁰⁰, quien ha planteado la evolución de las constituciones cerradas y herméticas a una concepción abierta, generando a partir de la imaginación constitucional una nueva concepción política que justamente afirme las sociedades democráticas¹⁰¹. Lo propio ha sido planteado también por Enrique Linde Paniagua quien hace derivar este carácter abierto de la norma fundamental de una serie de cláusulas constitucionales, que en el caso español, son las siguientes: a) cláusula de remisión a la ley, b) cláusula de transformación, c) cláusula de apertura al Derecho de tratados, d) cláusula de interpretación de los derechos humanos de conformidad con el Derecho internacional, e) cláusula de transferencia de competencias soberanas a organizaciones internacionales, f) cláusula autonómica y, g) cláusula de reforma constitucional¹⁰².

5. **La Constitución como sistema material de valores:** La democracia constituye un *prius* de valores que van a encarnar un conjunto de ideas que hoy forman parte de lo mejor del pensamiento occidental. Una valoración de este inventario de bienes y valores fundamentales se ven regulados en forma expresa o tácita en la norma constitucional. Como sucede con los valores en general que son cualidades de los objetos, en el ámbito constitucional ha señalado Peces Barba que los valores son cualidades de los objetos denominados normas. En tal sentido, toda obra de un poder constituyente va a reflejar una suma de valores que configuran las bases de la propia democracia¹⁰³. Así, valores materiales como la división de poderes, la forma republicana de gobierno, el principio de la dignidad humana, o las viejas reivindicaciones de la Revolución Francesa como la libertad, igualdad y fraternidad, además de la soberanía del pueblo, el debido proceso, los derechos al medio ambiente y un largo etcétera, vertebran la identificación de la Constitución como sinónimo de democracia. Es este contexto en que explicaba Bidart Campos que todos debemos vivir en la Constitución¹⁰⁴; agregamos

⁹⁹ HESSE, Honrad. *Escritos de derecho constitucional*. Selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalón. 2º ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1992.

¹⁰⁰ LUCAS VERDÚ, Pablo. *La Constitución abierta y sus enemigos*. Beremar, Madrid, 1993.

¹⁰¹ LUCAS VERDÚ, Pablo. “La imaginación constitucional como creación política”, en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*. (Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos). Víctor Bazán Coordinador, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 21-32.

¹⁰² LINDE PANIAGUA, Enrique. *Constitución abierta*. Linde Edit., Madrid, 1991, p. 12.

¹⁰³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Dykinson, Madrid, 1992, pp. 88-94.

¹⁰⁴ BIDART CAMPOS, Germán: *Para vivir la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1984.

nosotros que toda democracia vive en el marco de una Constitución normativa.

Al respecto, ya que hablamos de la Constitución como un sistema material de valores, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido en la STC 4677-2004-PA/TC, en su Fundamento Jurídico N° 12, a partir de la propia Constitución los presupuestos que debe tener un Estado para que se repute democrático. Veamos:

“§6. Presupuestos para la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática

12. En reiteradas ocasiones, este Tribunal ha destacado que, tal como se desprende del artículo 43° de la Constitución, el Estado peruano es un Estado social y democrático de derecho.

El principio democrático, inherente al Estado Constitucional, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2° 17 de la Constitución.

La democracia se fundamenta pues en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1° de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal, es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.

Desde luego, consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo y del principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31° de la Constitución), de instituciones políticas (artículo 35° de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia^{105[5]}; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y

estabilidad de una sociedad democrática, hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2º 17 y 30º a 35º, los derechos a las libertades de información, opinión e información (artículo 2º 4), de acceso a la información pública (artículo 2º 5), de asociación (artículo 2º 13) y de reunión, previsto en el artículo 2º 12º de la Carta Fundamental.

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra «herida de muerte». Como se podrá apreciar, la propia Constitución le infunde un sistema de valores del que se encuentra rodeado fáctica y jurídicamente la democracia, y para el cual el punto de partida de la democracia resulta ser el principio kantiano establecido en el art. 1 de la Constitución, donde se afirma que la persona es eje, centro y fin en sí mismo. En efecto, como anota Marcial Rubio, “el respeto a la persona y sus derechos se convierte en piedra angular de lo democrático: donde no hay derechos humanos, o donde éstos no se respetan, no puede haber democracia”¹⁰⁶.

6. **Función unificadora de la Constitución:** Frente a la alarmante producción de normas muchas veces contradictorias y caóticas que a la postre generan *inseguridad jurídica*, como lo ha sostenido en su momento entre otros Gustavo Zagrebelsky¹⁰⁷ y Eduardo García de Enterría¹⁰⁸, la Constitución va a desempeñar una *función unificadora* orientando el desarrollo de la hiperlegislación sobre las bases de la fuente de fuentes de todo sistema jurídico que es la Constitución que se presenta también como la fuente fundamental y fundadora de todo sistema político¹⁰⁹.

Como se podrá apreciar el Derecho Constitucional es una disciplina jurídica que forma parte del Derecho Público y estudia tanto a la norma fundamental como a la propia *dinámica constitucional*; y es en esta última orilla donde la democracia es objeto de un *encuadramiento jurídico* por el Derecho Constitucional. En tal sentido, es innegable que esta disciplina jurídica es la rama

¹⁰⁶ RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, p. 22.

¹⁰⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traduc. de Marina Gascón, Epílogo de Gregorio Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1992.

¹⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Civitas, Madrid, 2000.

¹⁰⁹ Vid. con todo DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. 7º reimpresión, Ariel, Madrid, 1999.

por excelencia que se identifica con la pretensión axiológica de lo que debe ser -*función prescriptiva*- y de lo que no debe ser la democracia, de lo que debería ser un régimen político deseable; en buena cuenta, se trata de afirmar, como decía Bobbio, utopías alcanzables o realizables.

Interesa finalmente en este acápite cubrir dos presuntas disciplinas que de una u otra manera se encuentran ligadas con el Derecho Constitucional. Nos referimos a la llamada Teoría del Estado y al Derecho Político. Sin querer aquí esbozar un tema ciertamente polémico; lo cierto es que hoy la *Teoría del Estado* ha devenido eliminable por carecer de suficiente peso epistemológico en cuanto a su objeto de estudio; pues hoy el Estado es estudiado normativamente por el derecho constitucional. Y si bien el prestigio de esta disciplina dimana del pensamiento germano que en su momento iniciara Georg Jellinek¹¹⁰, lo cierto es que actualmente el derecho constitucional abarca o comprende a la Teoría del Estado; o dicho en otras palabras, a riesgo de ser redundante, hoy la Teoría del Estado no es más que un capítulo o una parte del Derecho Constitucional.

En esta misma lógica, igualmente se ubica el llamado “*Derecho Político*” que obviamente tiene vinculación en su ámbito con el estudio del Derecho Constitucional y de la democracia misma; sin embargo, esta disciplina no es más que el Derecho Constitucional, y si bien en su momento en España el Derecho Político fue identificado con el Derecho Constitucional, hay autores que mantienen dicha disciplina dentro de una postura ecléctica. Así expresa Pablo Lucas Verdú que, “se aceptó el nombre de Derecho Político mucho más por su valor significativo que por su claridad conceptual”¹¹¹. Con todo, de nuestra parte asumimos la posición de profundas reflexiones que iniciara hace más de tres décadas Domingo García Belaunde sobre esta compleja temática en torno a la relación entre el fenómeno jurídico y el fenómeno político¹¹².

3. LA CIENCIA POLÍTICA.

Esta disciplina a diferencia del Derecho Constitucional surge de los predios de las ciencias sociales¹¹³ y básicamente su objeto de estudio¹¹⁴ es el *fenómeno*

¹¹⁰ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Prólogo y traduc. de Fernando de los Ríos. Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

¹¹¹ LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Vol. I, Tecnos, Madrid, 1972, p. 19.

¹¹² GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Derecho Constitucional y Ciencia Política”, en *Constitución y Política*. SESATOR, Lima, 1981, pp. 15-68, específicamente p. 44. Hay 2ª edición, Lima, 1991, pp. 13-60.

¹¹³ AYALA, Francisco: *Introducción a las ciencias sociales*, Editorial Aguilar, Madrid, 1966, vid. específicamente, pp. 171 y ss.

¹¹⁴ BARNEIX, Atilio J.: *La Ciencia Política: su objeto*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, pp. 47 y ss.

político o el poder político¹¹⁵ o digámoslo en otros términos totalizantes el sistema político¹¹⁶. Lo que caracteriza a esta rama es que su enfoque, a diferencia del derecho constitucional, está despojado de criterios axiológicos o valorativos, y por tanto, no pretende encausar cómo debe ser una determinada realidad política¹¹⁷, sino tan sólo estudiarla tal cual es. Aunque esta postura que aquí asumimos se nos puede criticar que forma parte de la concepción hiperfactualista del movimiento norteamericano; lo cierto es que gracias a la politología se puede estudiar las realidades de cómo son las democracias¹¹⁸ o los enemigos de ella –el autoritarismo– sin un criterio de valor, pero sí de una cruda y objetiva realidad que resulta vital para entender los oscilantes movimientos pendulares de América que se debate siempre entre las autocracias y las democracias¹¹⁹. Al estudiar la Ciencia Política el fenómeno del poder, permitirá apreciar un real diagnóstico si en tal o cual país su sistema político es ciertamente democrático o no. He allí la diferencia epistemológica con la anterior rama dimanante del mundo jurídico; y como anota García Belaunde “mientras el derecho constitucional estudia el fenómeno del poder desde una perspectiva jurídica, la ciencia política lo estudia desde una perspectiva sociológica”¹²⁰.

Hoy por hoy se considera a la Ciencia Política como una ciencia plural en la que conviven distintos enfoques, tales como el enfoque jurídico formal (formalismo institucionalista), el behaviorismo o conductismo, el análisis sistémico, la cultura política, el neoinstitucionalismo, entre otros¹²¹.

Ahora bien, desde la vieja tipología de la UNESCO, en torno a las materias que deberían ser pasibles de ser estudiadas por la ciencia política, podríamos rescatar hoy una rama que es la *historia de las ideas políticas* y que aquí

¹¹⁵ Vid. el extraordinario trabajo de JOUVENEL, Bertrand: *Sobre el poder. Historia natural de su crecimiento*, prólogo de Dalmacio Negro Pavón, traducción de Juan Marcos de la Fuente, Unión Editorial, Madrid, 2011, pp. 157 y ss.; RUSSELL, Bertrand: *El poder. Un nuevo análisis social*, traducción de Luis Echávarri, RBA Editorial, Barcelona, pp. 167 y ss.

¹¹⁶ VERNEY, Douglas V.: *Análisis de los sistemas políticos*, Tecnos, Madrid, 1961, pp. 185 y ss.

¹¹⁷ Vid al respecto uno de los libros pioneros de MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. *Ciencia Política: Actualidad y Perspectiva*. Morson, Lima, 1976. Igualmente del mismo autor *Ciencia Política (Manual y Antología)*. Studium, Lima, 1986 e *Introducción a la Ciencia Política*. Cultural Cuzco, Lima, 1997.

¹¹⁸ Alexis de Tocqueville fue uno de los pioneros en aplicar el instrumental metodológico de la politología en su célebre y clásica obra *La democracia en América* (Cfr. Traduc. de Dolores Sánchez de Aleu. 4º reimp. Alianza Editorial, Madrid, 1994, 2 vol.).

¹¹⁹ BÖHLER, Werner y HOFMANN, Stefan (Compiladores). *¿Quo vadis, América Latina? Crisis institucional como oportunidad para la renovación democrática*. Konrad –Adenauer– Stiftung, Buenos Aires, 2003; un trabajo de mayor aliento: FRIEDRICH, C.J.: *La democracia como forma política y como forma de vida*, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 13 y pp. 40 y ss.

¹²⁰ GARCÍA BELAUNDE, Domingo: op. cit.

¹²¹ HARTO DE VERA, Fernando: *Ciencia Política y Teoría Política contemporáneas: una relación problemática*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 133 y ss.

complementariamente nos atrevemos a señalar otra área que concurre a estudiar la democracia y que es el estudio de las *transiciones políticas*.

3.1. Sobre la historia de las ideas políticas.

En lo que respecta a la historia de las ideas políticas efectivamente la democracia ha sido objeto de reflexión por una serie de pensadores que, desde una mirada de la filosofía, hasta la actualidad han venido planteando reflexiones de naturaleza *trascendental* en torno al ideal de las organizaciones políticas, así tenemos entre otros a Tucídides, Platón, Jenofonte, Aristóteles, Marco Tulio Cicerón, San Agustín, Al-Farabi, Maimónides, Santo Tomás de Aquino, Marsilio de Padúa, Maquiavelo, Martín Lutero, Juan Calvino, Richard Hooker, Francis Bacon, Hugo Grocio, Thomas Hobbes, René Descartes, Jhon Milton, Baruch de Spinoza, Jhon Locke, Montesquieu, David Hume, Rousseau, Immanuel Kant, William Blackstone, Adam Smith, Thomas Paine, Edmund Burke, Jeremy Bentham, Georg Hegel, Alexis de Tocquevelli, Jhon Stuart Mill, Karl Marx, Friedrich Nietzsche, Jhon Dewey, Edmund Husserl, Martín Heidegger, Karl Popper, Norberto Bobbio, Giovanni Sartori, Leo Strauss, entre otros¹²².

3.2. Las transiciones políticas.

La politología actualmente también cubre impagables servicios al estudio ya no sólo del poder, de los regímenes políticos o de la democracia, sino también a través de una especialidad o rama que bien puede calificarse como el estudio de las *transiciones políticas* que no es más que el estudio de un régimen político indeseable o autoritario y que constituye la primera etapa; luego la llamada transición política *strictu sensu*, y finalmente, la última etapa que es el gobierno democrático o etapa final. El Perú, en su momento ha vivido todo este complejo fenómeno de las transiciones políticas¹²³ y todas giran en base al mismo norte que es lo deseable, es decir obtener un régimen democrático. Los pioneros trabajos en torno a lo que hoy se denomina *transiciones políticas* fueron desarrollados en su momento por G. O'Donnell, Ph. Schmitter y L. Whitehead a través de su monumental obra *Transiciones desde un gobierno autoritario* (Cfr. 4 vol. Buenos Aires. 1988); y así, en los últimos tiempos existe una pléyade inmensa de juristas y politólogos que han venido diseñando enfoques utilizando el instrumental metodológico tanto de la ciencia política como del derecho constitucional, entre los que destacan Luca Mezzetti, con su obra *Le*

¹²² STRAUSS, Leo y CROPSEY, Joseph. (Compiladores). *Historia de la filosofía política*. Traduc. de Leticia García Urriza, Diana Luz Sánchez y Juan José Utrilla. 4º reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

¹²³ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. “Crónica del gobierno de transición”; en *Revista peruana de Derecho Público*. Año 1, Número 2. Enero-junio de 2001. Grijley, Lima, pp. 11-25.

democrazie incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa Orientale, Africa, America Latina, Asia. (Cfr. Giapicchelli Editore. Torino, 2000). También contiene importantes reflexiones la obra colectiva de Antonino Spadaro *Le “trasformazioni” costituzionali nell’età della transizione. Incontro di studio, Catanzaro 19 febbraio 1999.* (Cfr. Quaderni del Dipartimento de Scienza e Storia del Diritto. Facoltà di Giurisprudenza, Giapicchelli Editore. Torino, 2000). Incluso existen ambigüedades y polivalencias entre las categorías mismas de transiciones políticas, transiciones constitucionales y transiciones democráticas¹²⁴. Con todo, este enfoque permite entender parte de las mutaciones y cambios que se operan en la dinámica de la democracia.

Otro renglón aparte dentro del área de la politología es el estudio de los *regímenes políticos*. Veamos.

3.3. Los regímenes políticos.

Vinculado colateralmente a la politología y al derecho constitucional, ubícase el “*régimen político*”, categoría conceptual que básicamente es estudiada por la ciencia política, pese a que también está en los predios del “realismo jurídico” del Derecho Constitucional. En efecto, el estudio de la democracia constitucional, no sólo en la dimensión teórica abstracta, sino en la afirmación real y concreta de un país, debe comprender, por tanto, el manejo idóneo y adecuado de lo que es el régimen político, aún cuando la expresión abarca las dimensiones sociológica, jurídica y deontológica de la política y de la democracia.

Quien analice los vericuetos de lo que es el estudio de la democracia, debe partir siempre del concepto de régimen político que abarca no sólo las estructuras de los gobernantes y los gobernados (relación política) y demás supuestos y estructuras (supuestos físicos o territoriales y estructuras técnico-económicas, sociales y de encuadramiento), sino también su funcionamiento y, por tanto, los comportamientos humanos¹²⁵.

En tal condición, la democracia occidental no cabe duda que se desarrolla bajo los parámetros de un orden constitucional y se debe a ella.

¹²⁴ Así por ejemplo puede apreciarse el colectivo de LABASTIDA MARTÍN DEL CAMPO, Julio; CAMOU, Antonio y LUJÁN PONCE, Noemí (Coordinadores). *Transición democrática y gobernabilidad. México y América Latina*. FLACSO, México, 2000.

¹²⁵ FERRANDO BADÍA, Juan (Coordinador). *Regímenes políticos actuales*. 3º ed. Tecnos, Madrid, 1995, vid. específicamente la presentación a este colectivo pp. 15-65.

Empero, la alusión al régimen político resulta curiosamente ser más amplia que el orden constitucional; puesto que no se limita sólo al análisis de la ingeniería constitucional de las normas¹²⁶; sino a la organización concreta y real de una sociedad. De allí que, *orden constitucional* y *régimen político* coinciden sólo parcialmente, pues ninguna Constitución se configura en su plenitud en la vida política de un país¹²⁷.

3.4. Los sistemas políticos.

En los predios de la ciencia política se ha introducido hace muchísimos años el concepto “*sistema político*”¹²⁸; y si bien, el régimen político supone la apreciación concreta de la realidad política, y el sistema político una visión abstracta de lo político; con todo, no cabe duda que el estudio de la democracia constitucional es consustancial con esta última categoría. En efecto, cuando de ordinario se habla de sistema político, se está frontalmente aludiendo a todas las interacciones que afectan al uso (o la amenaza de uso) de la coacción física legítima. El sistema político comprende por ende, no sólo instituciones de gobierno, como parlamentos, tribunales de justicia y organismos administrativos, sino todas las estructuras en sus aspectos políticos¹²⁹. Entre éstas figuran las estructuras tradicionales como los vínculos de parentesco y las agrupaciones de casta, los fenómenos anónimos como, por ejemplo, asesinatos, revueltas o manifestaciones, y las organizaciones formales; es decir, los partidos, grupos de interés y medios de comunicación¹³⁰.

El sistema político es de obligada utilización cuando se identifica a un Estado o gobierno; empero, no siempre esta categoría se va a referir, como se tiene dicho, únicamente a la fuerza, la violencia o la compulsión, sino que su relación con la coerción constituye su cualidad distintiva. Los objetivos de las élites políticas son, por lo general, la expansión o la seguridad nacionales, el bienestar social, el engrandecimiento de su poder a expensas del de otros grupos, la creciente participación popular en política, etc.; sin embargo, su interés por esos valores se relaciona con acciones coactivas como la legislación

¹²⁶ SARTORI, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. Traduc. de Roberto Reyes Masón, FCE, México, 1994.

¹²⁷ DEL ÁGUILA, Rafael: *Manual de Ciencia Política*, Trotta, Madrid, 6ª edición, 2009, pp. 139, 424 y 451 y ss.

¹²⁸ STAMMEN, Theo. *Sistemas políticos actuales*. Actualizado por Luis López Guerra, 2 vol. Ediciones Guadarrama, Edit. Labor, Barcelona, 1976.

¹²⁹ Aquí debe destacarse una nota característica de los sistemas políticos contemporáneos y que Weber penetró en forma sorprendente: la burocracia. Max Weber ha sostenido que la burocracia es la “mayor invención del hombre”, dado que se trata de un poder “racionalizado”. Vid. a WEBER, Max: *¿Qué es la burocracia?*, Coyoacán, México, 2005, traducción de Rufino Armas, p. 91 y 105 y ss.

¹³⁰ ALMOND, G. A. y POWELL, G. B. “El sistema político”; en *El Gobierno: Estudios comparados*. Alianza Universidad, Madrid, 1981, p. 61.

y la aplicación de la ley, la política exterior y de defensa y la política fiscal. El sistema político no es el único que elabora reglas y las aplica, pero sí es el único que impone la obediencia y la ejecución de estas reglas mediante la coerción. Es en este contexto, en donde parte de la naturaleza del *ius puniendi* se manifiesta en las últimas corrientes de la Teoría General del delito: el Derecho Penal del enemigo, como plantea Günter Jakobs¹³¹; y en la misma línea se ubica Luigi Ferrajoli, quien caracteriza al Estado de Derecho “como un sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio estatal del uso de la fuerza, con el fin de excluir o al menos minimizar la violencia en las relaciones interpersonales”¹³². En buena cuenta, una manifestación axiológica de un sistema político es que en él se manifieste la democracia; pues existen diversos sistemas políticos¹³³ y como es obvio hay sistemas políticos que no tienen nada que ver con las democracias occidentales¹³⁴.

4. LA FILOSOFÍA POLÍTICA.

La filosofía política, también se vincula con el Derecho Constitucional y, como se sabe, utiliza un discurso lexical *sui generis*, por lo general, ausente de identificación con el discurso del lenguaje común. Lo propio, la ciencia política, emplea conceptos y categorías del ser, marcando las fronteras de su discurso gnoseológico con el deontológico de la filosofía. A su vez, el lenguaje común del hombre corriente en cuanto habla, piensa y opina sobre la política, y con ello sobre la democracia, como uno de los tópicos del Derecho Constitucional, por lo general, discurre sobre parámetros anímicos y volitivos de su leal saber y entender; y como es comprensible, ve lo inmediato e intuitivo, mas su reflexionar es la de un discurso común; “en cuanto sujetos empeñados activamente en la lucha política, todos terminamos por argumentar en forma pasional”¹³⁵.

¿Qué aporta la filosofía política al estudio y a la reflexión del Derecho Constitucional y, con ello, a la democracia? Estimamos aquí pertinente lo que explicitaba Bobbio “La manera más tradicional y coherente de entender la filosofía política es concebirla como la descripción, proyección y teorización de la óptima república – y nosotros pensamos de la democracia – o, si se quiere

¹³¹ JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Civitas, Madrid, 2003, pp. 21-56.

¹³² FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 91-92.

¹³³ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago y MELLADO PRADO, Pilar. *Sistemas políticos actuales*. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

¹³⁴ LÓPEZ GARCÍA, Bernabé y FERNÁNDEZ SUZOR, Cecilia. *Introducción a los regímenes y constituciones árabes*. Prólogo de Fernando Morán, CEC, Madrid, 1985.

¹³⁵ SARTORI, Giovanni. *La Política. Lógica y método en las ciencias sociales*. Traduc. de Marcos Lara. 3º ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 16.

como la construcción de un modelo ideal de Estado fundado en algunos postulados éticos últimos sin preocuparnos de cuándo y cómo pueda ser efectiva y totalmente realizado. Pertenecen a esta forma de pensamiento ciertas “utopías al revés” de las que ha habido ejemplos conocidos sobre todo en el último siglo, que consisten en la descripción no de la óptima, sino de la peor república o, si se desea, del modelo ideal del Estado que no debe realizarse”¹³⁶.

Más allá de sus complejas reflexiones y el discurso trascendental sobre la política y lo político, la filosofía política, justamente ha cumplido un permanente rol especulativo; es decir el rol de la filosofía política es estudiar el sentido de la vida misma y de sus valores, tanto de sus exigencias, como de sus ideales; es decir, conciben una “cosmogonía” del mundo evadiéndose del mundo fenoménico para entrar en el terreno de lo trascendental. Como expresa el filósofo Savater, la filosofía se formula “las preguntas de la vida”¹³⁷ Ya Hegel también inquería: formular la pregunta radical por la verdad radical. En este contexto, explicaba Sartori, que la filosofía ha sido y es, un componente esencial e imposible de eliminar del discurso político. “No es justo que la ciencia empírica de la política venga a eclipsarla ni tampoco tiene sentido que el científico político desconozca lo que es el fundamento de su campo”¹³⁸.

Bien podría expresarse que en el ámbito de la filosofía política se presentan dos grandes campos de desarrollo y especulación teórica y que van a concurrir con la temática del Derecho Constitucional en perspectiva transversal, cuál es su propias bases y fundamentos de su legitimidad, en tanto el Derecho Constitucional, al fin y al cabo, pretende racionalizar el ejercicio legítimo del poder político, y por otro lado, garantizar las libertades de los seres humanos. No olvidemos que esta parte dogmática ubicada en la Constitución y que regula un heterodoxo sistema de normas sobre los derechos fundamentales, tiene un innegable aliento de bases claramente filosóficas. He aquí una indudable transversalización, en este caso, desde la Filosofía al Derecho Constitucional, en especial de los derechos humanos¹³⁹. La democracia, en tanto organización

¹³⁶ BOBBIO, Norberto. *El filósofo y la política. Antología*. Traduc. de José Fernández Santillán y Ariella Aureli, Estudio preliminar y compilación de José Fernández Santillán, 2º ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 56.

¹³⁷ SAVATER, Fernando. *Las preguntas de la vida*. Edit. Ariel, Barcelona, 1999.

¹³⁸ SARTORI, Giovanni. *La Política. Lógica y método en las ciencias sociales*. Op. cit., pp. 47.

¹³⁹ Sólo a guisa de ejemplo, puede verse a BIDART CAMPOS, Germán: *Teoría General de los Derechos Humanos*, UNAM, México D.F., 1993 (hay edición por Astrea, Buenos Aires, 2006); BIDART CAMPOS, Germán y Daniel HERRENDORF: *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Ediar, Buenos Aires, 1991; FERRAJOLI, Luigi: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición a cargo Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2009; MENKE, Christoph y Arnd: *Filosofía de los derechos humanos*, traducción de Remei Campdevilla Werning, Herder, Barcelona, 2010;

política en la cual la sociedad civil va a desenvolverse; por lo menos visto desde la postura del pensamiento occidental. Así tenemos: a) por un lado, las llamadas *doctrinas políticas*; y por otro, b) el *pensamiento político*. Ambos no son compartimentos estancos que actúen en su discurrir en forma autárquica, esto es cada uno por lo suyo, pues uno y otro interactúan y se relacionan; pero cada una de ellos van tener características propias. Veamos *in extenso* ambos derroteros.

4.1. El pensamiento político.

Por otro lado, en la parte orgánica de la Constitución, el pensamiento político constituye toda una construcción idealizada de la realidad política y surge entre las teorías políticas de un tiempo con las condiciones políticas de una época. El pensamiento político no necesariamente es objetivo; muy por el contrario, expresa una determinada *cosmovisión* de creencias del hombre en torno a la naturaleza y el espíritu de las instituciones políticas dominantes¹⁴⁰.

En esta perspectiva, es claro que el pensamiento político se desarrolla dentro del contexto de la creencia, la filosofía, la ética, la religión, la economía, la literatura¹⁴¹ y aún de las tradiciones, dogmas, supersticiones¹⁴² y prejuicios del hombre¹⁴³.

Nuevamente siguiendo a Gettell, éste precisa que “La naturaleza del pensamiento político depende del estado del desenvolvimiento intelectual. Los intereses intelectuales del hombre pasan por distintas fases, a medida que termina un período de la historia para dar nacimiento a otro. La influencia de las doctrinas religiosas en el pensamiento político de la Edad Media y la relación entre las doctrinas económicas y las teorías políticas de nuestro tiempo son hechos que se producen de manera simultánea. De conformidad con esto, la perspectiva histórica del pensamiento político debe tener en cuenta, no sólo el

AGUDELO RAMÍREZ, Martín: *El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos. Bases ontológicas*, Temis, Bogotá, 2011.

¹⁴⁰ GETTELL, Raymond G. *Historia de las ideas políticas*. Vol. I. Traduc. y prólogo de Teodoro González García, Edit. Nacional, México, 1959, p. 34

¹⁴¹ Vid. al respecto las reflexiones de ECO, Umberto. *Sobre literatura*. Traduc. de Elena Lozano Miralles. RqueR Edit, Barcelona, 2002; y el sugerente libro de ZSCHIRNT, Christiane. *Libros. Todo lo que hay que leer*. Traduc. de Irene Pérez Michael, Santillana Ediciones Generales, Madrid, 2005.

¹⁴² Un claro ejemplo puede verse en la obra de L. Pawels y J. Bergier, *El retorno de los brujos*. Traduc. de J.Ferrer Aleu, 7º ed. Plaza & Janes S.A., Madrid, 1975.

¹⁴³ Anota con una extraordinaria dosis de humor SCHWANITZ, Dietrich. que “En Europa hay muchas cosas que se han inventado dos veces, la primera vez en Grecia, concretamente en Atenas, y la segunda vez en los albores de la Edad Moderna: por ejemplo, la democracia, el teatro y la filosofía” (Cfr. *La cultura. Todo lo que hay que saber*. Traducción de Vicente Gómez Ibáñez. 4º ed. Taurus, Madrid, 2002, pp. 327 y ss.)

desenvolvimiento actual de las instituciones, sino el progreso paralelo del pensamiento humano en los distintos órdenes, para que los principios políticos de un tiempo determinado puedan comprenderse perfectamente”¹⁴⁴.

En la orilla del pensamiento político, por ejemplo pueden identificarse los planteamientos que en su momento formularan Jhon Locke o Montesquieu; o mucho más atrás Aristóteles, San Agustín, Maquiavelo, etc¹⁴⁵.

4.2. Las doctrinas políticas.

La doctrina política es de naturaleza relativa, por lo que no pretende ser axiomática ni apodíctica; muy por el contrario, siempre será de naturaleza contenciosa y discutible, habida cuenta que su fortaleza discursiva descansa justamente en apreciaciones, ideales de aspiraciones a un buen gobierno (o mal gobierno); y en lo que nos ocupa, vincula todo su arsenal fundamentador en torno y para la democracia; pero con la aclaración que puede ser en su favor o en contra.

Mientras en el pensamiento político se aprecia que no es de corriente coyuntural o inmedatista, ya que la temporalidad de sus planteos sólo se aprecia en perspectiva histórica. En cambio, la doctrina política es de naturaleza dinámica, en tanto se dedica a justificar la autoridad que acatan los hombres o a criticar esta autoridad incitando a que se produzca algún cambio favorable.

El pensamiento político diríase que se torna en doctrina política cuando ésta es llevada ya a la *praxis*; deja de ser una reflexión teórica o de aspiración idealizada del manejo del Estado o del buen gobierno y asume ya un compromiso con un régimen político. Aquí, los partidos políticos juegan un rol predominante¹⁴⁶. En efecto, las fuerzas de la *dinámica política*, del manejo del

¹⁴⁴ GETTELL, Raymond G. Op. cit., pp. 34-35.

¹⁴⁵ Por ejemplo ROUCEK, Joseph en su *Antología del pensamiento político* (Cfr. Edit. Fraterna, Buenos Aires, 1984) pasa revista a los pensadores políticos que en momento influyeron en su época: Confucio, Pericles, Platón, Aristóteles, Demóstenes, Marco Tulio Cicerón, San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Nicolás Maquiavelo, Tomás Moro, Hugo Grocio, Thomas Hobbes, Oliver Cromwell, John Locke, Baruch Spinoza, William Penn, Montesquieu, William Pitt, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, Edmund Burke, George Washington, John Adams, Thomas Paine, Thomas Jefferson, Jeremy Bentham, James Madison, Alexander Hamilton, Maximilien Robespierre, Claude-Henri Saint-Simon, Napoleón Bonaparte, Friedrich Hegel, Benjamín Disraeli, Alexis de Tocqueville, John Stuart Mill, Abraham Lincoln, Joseph Proudhon, Karl Marx, Frederick Engels, George Sorel, Wilfredo Pareto, Gaetano Mosca, Max Weber, Benedetto Croce, Sun Yat-Sen, Mahatma Gandhi, V. I. Lenin, Winston Churchill, Joseph Stalin, Oswald Spengler, Benito Mussolini, Adolf Hitler, Mao Tse-tung.

¹⁴⁶ Al respecto consúltese a FERNÁNDEZ FONTENOY, Carlos (Coordinador). *Sociedad, partidos y Estado en el Perú. Estudios sobre la crisis y el cambio*. I Congreso Peruano de Ciencia Política. Universidad de Lima, 1995.

gobierno por lo general están cartabonados por una más o menos posiciones políticas, fruto de una doctrina o concepción del príncipe o del gobernante. En otros casos, representa la tesitura de las relaciones internacionales y constituye la etiología de los conflictos bélicos. Ejemplo sempiterno es el conflicto palestino-israelí.

Normalmente el estudio de la evolución del pensamiento político, ha estado signado por distintos ejes temáticos que se presentan como temas-problemas. Por ejemplo, en la Edad Media giraba en torno a la supremacía de los poderes temporales y eclesiásticos; en los siglos XVII y XVIII entre la Monarquía y la República; en la actualidad en torno a la actividad del Estado y sus relaciones con los poderes económicos de los grupos dominantes.

En cambio, la *doctrina política* es distinta por cuanto ya no reflexiona sobre el manejo de la *res pública*, de la *polis* o del Estado en términos trascendentes, sino antes bien, en términos prácticos. Así, los grandes planteamientos de las doctrinas políticas se ubican a través de expresiones como el liberalismo, anarquismo, socialismo, humanismo¹⁴⁷. Es más, dentro de los regímenes liberales se presentan heterodoxas variantes como la social-democracia, el social-cristianismo; e incluso, en el socialismo, matices y corrientes propias; y así podrían argüirse otros “istmos” y que todos sin excepción tratan de captar el manejo del gobierno para desarrollar su programa ideológico. Hay pues en la doctrina política una ideología que pretende legitimizar al régimen político¹⁴⁸.

5. LA SOCIOLOGÍA POLÍTICA.

En lo que atañe a esta rama de las ciencias sociales se trata de estudiar ya no las instituciones políticas ni mucho menos las instituciones jurídicas que preconizan las constituciones, sino que estamos ante un enfoque que estudia las relaciones del poder en el marco de las estructuras sociales. La diferencia entre la politología y esta rama radica en que aquella utiliza un enfoque despojado de contenidos prescriptivos o valorativos; en cambio, la sociología política estudia la realidad política estableciendo pautas de solución a los males que eventualmente diagnostique; es más nos atrevemos a señalar que la sociología política se suministra de una visión que le otorga la filosofía política y aplica

¹⁴⁷ MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. *Ciencia Política. Manual y antología*. Studium Edit, Lima, 1986, pp. 271 y ss.

¹⁴⁸ Sobre el particular, puede verse a los pensadores más representativos en torno a la legitimación o no de las tres formas de gobierno: el gobierno de muchos, de pocos, y de uno; o sea, democracia, aristocracia y monarquía, en BOBBIO, Norberto. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. 2º ed. FCE, México, 2001.

criterios de valor determinando que tal realidad es positiva o no. Lo que ha existido en el Perú hasta hace varios lustros es literatura política, pero no sociología política ni mucho menos politología¹⁴⁹. Sin embargo, a partir de la década de los 70 hay una producción académica emergente en los predios de la sociología política¹⁵⁰; y de un tiempo acá han empezado a rigorizar estudios de campo específicos frente a las grandes ideas políticas que desarrollaran desde la generación del 900, el período intermedio hasta la actualidad.

Ejemplos prototípicos de obras de esta manufactura son los trabajos que produce el Instituto de Estudios Peruanos y DESCO, entre los que destaca los trabajos de Julio Cotler, Francisco Guerra García, Matos Mar, Hugo Neira, Henry Pease García, Enrique Bernales, Rolando Ames, Hernando de Soto, Peter F. Klarén, entre otros. Como se podrá apreciar se trata del estudio de las estructuras económicas y sus cambios, tanto en la política formal como en las constelaciones del poder, así como en las estructuras sociales y sus transformaciones. En los últimos lustros, desde una perspectiva etnohistórica y con enfoques de diversas vertientes de las ciencias sociales, que es precisamente un criterio transversal de ver las cosas y los problemas existentes en nuestra realidad nacional, encontramos las actuales líneas de investigación, como anota Máximo Vega-Centeno, se dan en las siguientes áreas:

- a) **Antropología**, que a pesar de ser entre las ciencias sociales la de más antigua actividad, en etapas recientes, en base a métodos cada vez más rigurosos y al empleo de categorías teóricas más consolidadas y también de medios más eficaces, viene abarcando, entre otras, las siguientes líneas temáticas transversales:
1. El estudio de Comunidades (San Marcos, IEP)
 2. El estudio de temas culturales (fiestas, ceremonias fúnebres, mitología) (PUCP)
 3. La religiosidad popular o tradicional (PUCP)
 4. Problemas y tratamiento de la salud (epidemiología y salud reproductiva) (IEP)
 5. Problemas de la niñez (PUCP)
 6. Problemas rurales (tenencia de tierras) (San Marcos)
 7. Cuestiones de cultura andina (PCUP, U.M. de San Marcos, Colegio Andino, IEP)
 8. Cuestiones de tradición oral y lenguas aborígenes (PUCP, IEP, CIAAAP)

¹⁴⁹ ETO CRUZ, Gerardo. “Ciencia Política en el Perú: Perspectivas”; en *Estudios de Derecho Constitucional*. Antecede Prólogo de José F. Palomino Manchego. Edit. Nuevo Norte, Trujillo, 2002, pp. 319-330.

¹⁵⁰ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *El desarrollo de las ciencias sociales en el Perú*. Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, Lima.

9. Estudios sobre el medio ambiente (CIAAAP, GRADE, PUCP)

- b) **Economía**, que a partir de la década del cincuenta del siglo pasado, y en base a la exigencia de una política global de desarrollo que hiciera frente fundamentalmente al cada vez más creciente problema de la desigualdad y de la pobreza, empezó a generar cuadros de especialistas tanto en desarrollo como en manejo financiero de los fondos públicos, apareciendo múltiples investigaciones en estos temas y derivando a otros ejes investigadores entre los que se destacan:

1. Política macroeconómica y cuestiones monetarias (PUCP, GRADE, IEP, BCRP, DESCO, CIUP)
2. Distribución del ingreso (PUCP, GRADE, IEP)
3. Empleo e informalidad (GRADE, IEP, DESCO, PUCP)
4. Salud y educación (GRADE, PUCP)
5. Descentralización y desarrollo regional (IEP, DESCO)
6. Medio ambiente y desarrollo (GRADE)
7. Regulación (GRADE, PUCP)
8. Economía internacional (IEP, CIUP)
9. Crecimiento económico y cambio técnico o innovación (PCUP)

- c) **Sociología**, que constituye la disciplina social, en nuestro país, de más reciente desarrollo; recién, a partir de fines de la década del sesenta del pasado siglo empiezan a forjarse las líneas de investigación, basadas por cierto en una nueva configuración de la sociedad peruana, y entre las que podemos señalar:

1. Sociología rural y urbana (PUCP, CEPES)
2. Sociología del trabajo, de la empresa y de la industria (PUCP, IEP, DESCO)
3. Sociología política y de la política (CEDEP, DESCO, PUCP)
4. Sociología de la familia, la juventud y de la mujer (PUCP, IEP)
5. Sociología de la pobreza y de los desastres (PUCP, GRADE)
6. La problemática de la violencia (CEDEP, IEP)
7. Sociología de la cultura y de la religión (IEP, PUCP, CBC)
8. Sociología de las comunicaciones (U. de Lima)
9. Problemas de la población y de las migraciones (PUCP, U. del Pacífico)¹⁵¹

¹⁵¹ VEGA-CENTENO, Máximo. “Las Ciencias Sociales en el Perú”, en *La investigación científica y tecnológica en el Perú. Ciencia, tecnología e innovación en el Perú*. Vol. III. Banco Central de Reserva del Perú, CONCYTEC y BID. Lima. 2005. pp. 227-263, específicamente 250-252.

Podríamos en este acápite concluir que la sociología política igualmente coadyuva desde una permanente transversalidad el estudio de la realidad peruana.

6. LA ECONOMÍA POLÍTICA.

Las ciencias económicas igualmente rodean desde otra perspectiva el estudio del crecimiento económico de cada país; así como el estudio de la producción y distribución de la riqueza; y en este contexto, no cabe duda que el régimen económico va a determinar las bases y el soporte de una real democracia constitucional, pues un Estado o régimen político es o no es democrático en función, no sólo de su institucionalidad formal; sino, según como se desarrolle el reparto y acceso a los bienes y servicios entre los destinatarios y los detentadores del poder, y bajo los paradigmas de la inclusión social, de solucionar los problemas de género, sobre todo de las discriminaciones, la pobreza, la salubridad y alimentación en el país.

Dentro de la ciencias económicas se ubica la economía política, cuyo término original fue utilizado para el enfoque de las [relaciones de producción](#); especialmente en la evolución clásica de las tres [clases](#) principales de la sociedad: la feudal, la capitalista y la socialista; si bien este esquema maniqueo hoy se encuentra ya superado. Fue gracias a Adam Smith que la economía política entró en la escena del análisis de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Con todo, dicho concepto, a fines del siglo XIX empezó a ser progresivamente abandonado, para ser sustituido simplemente por *economía*. Actualmente, el término *economía política* recibe el influjo de las diversas vertientes que ya hemos aludido, como es la ciencia política, el derecho (*ius economía*) y dentro del derecho constitucional, desde el ya clásico trabajo de Lojendio en 1932, *Politische und Wirtschaftsverfassung*, se concebía la existencia de una “Constitución Económica”, como una ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo, de la forma y extensión de la intervención del Estado, así como de la organización y la técnica de la producción y distribución¹⁵².

Así entendido, las bases socio-económicas que subyacen en cada país, la determinación de una democracia real y actuante se encuentra determinada por el mercado, las fuentes de trabajo, la producción, los bienes y servicios; y es en este contexto en donde se encuentra amarrado todas las disciplinas ya aludidas con la economía que van a delinear y determinar la democracia

¹⁵² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El régimen socio-económico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español*. Presentación de Gerardo Eto Cruz y Nota Preliminar de José F. Palomino Manchego. Universidad Nacional de Trujillo, 1995, p. 23.

según el mercado de cada país. Pese a que hoy se pregona el éxito de la teoría de la “economía de mercado”, a partir de las reformas operadas en la Europa del Este; hoy se entiende a esta economía de mercado como una forma económica de una sociedad pluralista; si bien, como ya ha apuntado el célebre ius-filósofo Peter Häberle, el principio “mercado y economía de mercado” contiene límites, pues no es posible regular y valorar toda la convivencia humana desde el punto de vista del mercado, en tanto, el modelo de mercado no es aplicable a determinados ámbitos culturales como el de la educación, de la instrucción y de la formación; como tampoco, al menos en parte, a aquel de la investigación y de la familia; asimismo, a sectores sociales como aquellos más esenciales del derecho del trabajo. El Estado Constitucional debe establecer, anota Häberle con asidua y activa sensibilidad, si cada sector social está o no listo para el mercado¹⁵³. Por lo pronto, no queda duda que hoy por hoy toda Constitución regula los principios del orden socio-económico de cada país; y a partir de allí se define la real naturaleza de una verdadera democracia, despojada del huero normativismo formal del clásico Estado de Derecho para tramontar a un Estado Social y Constitucional de Derecho.

¹⁵³ HÄBERLE, Peter. “*Incursus*. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo”; en *Nueve Ensayos Constitucionales y una lección jubilar*. Presentación y edición al cuidado de Domingo García Belaunde, Nota liminar de Joaquín Brage Camazano. Palestra y Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004, pp. 99-120; específicamente pp. 99 y 114.

Cuarta Parte

La transversalización intradisciplinaria del Derecho Constitucional

1. INTRODUCCIÓN

Como ya se viene apreciando aquí, esta transversalidad se va a manifestar dentro de la dogmática estrictamente jurídica, y en la que va a ser el Derecho Constitucional ya no como vertiente disciplinaria, sino como un orden jurídico fundamental el que atraviesa como alfa y omega a todos los demás archipiélagos de los ordenamientos jurídicos, según fuere la materia que se regule. Debemos advertir aquí que esta transversalidad, como ya se sugirió *ab initio*, fue ya pergeñada o atalayada por Pellegrino Rossi hace más de doscientos años, cuando esbozó, con una visión contemporánea, que la Constitución es “la cabecera de todo el ordenamiento jurídico”. Estas clarividentes expresiones han sido hoy retomadas desde los predios de la filosofía a partir de esta corriente que se desarrolla en el Derecho Constitucional, denominada “neoconstitucionalismo”, que han venido esgrimiendo como portaestandarte de guerra, que hoy los Estados contemporáneos, sus ordenamientos jurídicos se han constitucionalizado, y es así donde hoy, sin redundar, se habla del fenómeno de la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”.

Bajo este norte, no se trata sólo -en la concepción propugnada por el neoconstitucionalismo- de tener a la Constitución como un *marco* que limite la acción de los poderes públicos (*Constitución marco*), sino como una norma que *impregne* todas las esferas del sistema jurídico con el objeto de que todas las normas encuentren un encaje y una inspiración en los valores, principios y derechos que la Constitución encarna (*Constitución programa*). En este contexto, podemos hablar de la “constitucionalización del derecho penal”, la “constitucionalización del derecho civil”, la “constitucionalización del orden laboral” o la “constitucionalización del derecho tributario”. Se trata entonces de órdenes constitucionalizados.

De allí que hoy se hable de una *eclosión del derecho constitucional* y que se expresa en diversas manifestaciones; ello permite enjuiciar con el debido lente inquisidor que cualquier derecho de contenido directamente constitucional involucra alguna materia de un específico ordenamiento jurídico cualificado como el civil, penal, laboral, comercial, administrativo, tributario, etc.

A partir de esta forma de apreciar y ubicar este escenario jurídico “transversalizado” por el Derecho Constitucional, podríamos ir ya sugiriendo una tesis equivocada de nuestra jurisdicción constitucional, que en el plano de los procesos constitucionales, por ejemplo como el amparo, la presunta existencia de que sólo cabe admitir dicho proceso cuando “Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado” (artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional), y “No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo” (artículo 38 del citado Código).

Creemos que es relativo; y por tanto, una postura falseable epistémicamente. Y es que no siempre se va a encontrar un hecho “químicamente puro”, de relevancia constitucional. Siempre e inexorablemente cualquier pretensión de amparo va a estar vinculado, traspasado, permeado por el Derecho Constitucional. Este aspecto, merece tenerse muy presente en las judicaturas porque un mero rechazo en tanto “tiene una vía previa” o se trata de un derecho *que tiene un contenido constitucional fundamental de regulación legal ordinaria* es una tesis que necesita ser reexaminada y replanteada bajo estos cánones transversalizados del Derecho Constitucional¹⁵⁴.

El fundamento de lo que hasta aquí se viene sosteniendo radica pues en la “constitucionalización del orden jurídico”, que debe entenderse como aquel proceso de permanente interpretación y transformación de un ordenamiento al término del cual éste resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Anota Riccardo Guastini que “un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*) capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”¹⁵⁵.

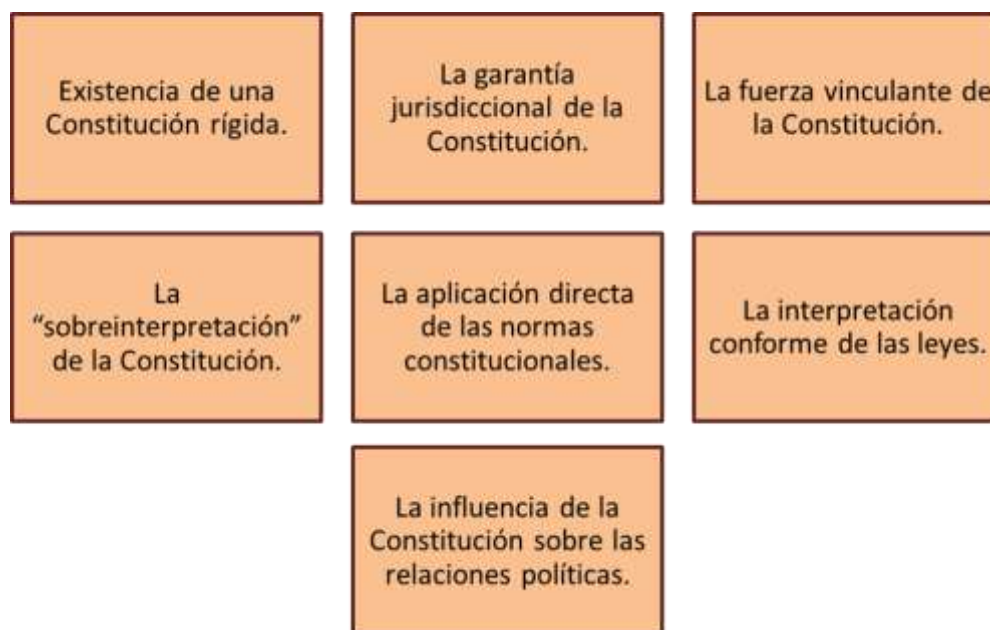
En la misma tesitura, aclara Guastini que el concepto de constitucionalización no es un concepto bipolar (verdadero o falso) lo que significaría que determinado ordenamiento está constitucionalizado o no. En rigor, “la constitucionalización es una cuestión de grado en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Un desarrollo desde el punto de vista estrictamente procesal, puede verse en nuestro trabajo *Tratado del proceso constitucional de amparo*, 2 Vol., 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

¹⁵⁵ GUASTINI, Riccardo: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (Editor), Trotta, Madrid, 2003, p. 49.

¹⁵⁶ GUASTINI, Riccardo: op. cit., p. 50.

En dicho contexto, Guastini ha precisado que existen determinadas condiciones que permiten considerar que determinado ordenamiento se encuentra “impregnado” por las normas constitucionales y son las siguientes:



Y aclara que los dos primeros, a) y b), son condiciones necesarias de constitucionalización; lo cual significa que no pueda hablarse de constitucionalización en ausencia de estas condiciones. Las demás, desde la c) hasta la g) son condiciones suficientes de un grado de constitucionalización mayor o menor¹⁵⁷.

Interesa, por otro lado y en esta lógica, rescatar la propuesta de Luis Prieto Sanchís sobre “el constitucionalismo de los derechos”¹⁵⁸, la cual también nos permite explicar el criterio de clasificación por la materia que aquí venimos abordando. En efecto, hoy por hoy el atractivo filón de reflexiones que presenta el neoconstitucionalismo, aprecia el fenómeno jurídico desde una óptica distinta, opuesta e incluso confrontacional con la que hasta hace muy poco dominó casi toda la escena del pensamiento jurídico: el positivismo jurídico; lo que ha dado pie a la incorporación de un rico filón de la retórica y el discurso práctico racional: la *teoría de la argumentación jurídica*, que ha completado el *método jurídico* con elementos propios de otras ramas del saber como la moral

¹⁵⁷ GUASTINI, Riccardo: op. cit., p. 50-57.

¹⁵⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, Número 71, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, mayo-agosto del 2004, pp. 47 y ss.

y la lógica, además de la retórica, y que ha llevado a muchos a hablar de la existencia de un nuevo *paradigma* en la ciencia jurídica¹⁵⁹, surgida justamente a raíz del auge de este fenómeno de constitucionalización del orden jurídico del que habla el profesor Guastini.

Es precisamente la ubicación de la teoría de la argumentación jurídica como nueva rama del saber jurídico la que ha permitido efectuar una interpretación de la Constitución en clave de principios y no sólo de reglas, pertrechando a aquellos de un instrumento adecuado para su aplicación directa. La asunción del método de la ponderación como método que permite interpretar y aplicar los principios inscritos en la Constitución, la mayoría de los cuales están presentes en forma de derechos fundamentales, genera una sobreinterpretación de la Constitución, como expresa Guastini, y una inundación del ordenamiento jurídico de los contenidos ius-fundamentales que la interpretación constitucional trae consigo.

En este contexto, como ya hemos sostenido líneas arriba, el fenómeno de la constitucionalización del orden jurídico nos lleva a registrar una concepción de la Constitución no sólo como marco, sino también como programa o, lo que es lo mismo, a la consideración de una *Constitución material*, que se expresa a través de una serie de contenidos altamente densos, formados no sólo por reglas sino también por valores y principios, que no sólo le dicen al poder político o a los particulares lo que no pueden hacer, sino que también le indican lo que deben hacer o, mejor dicho, las decisiones que deben tomar¹⁶⁰. Por otro lado, esta amplitud en la *capacidad regulativa* de la Constitución se ha complementado en la actualidad con su *garantía jurisdiccional*, lo que significa sencillamente que, como ocurre con cualquier otra norma primaria, su protección o efectividad se encomienda a los jueces; quienes evaluarán la validez de las normas ya no sólo en función de su compatibilidad con los procedimientos establecidos para su dación, sino también en atención a su encaje con los contenidos materiales que el texto constitucional recoge¹⁶¹.

¹⁵⁹ Sobre el cambio de paradigma producido en la ciencia jurídica, producto del abandono de la cultura jurídica normativista y del método jurídico formal, y del acogimiento de la argumentación racional como nuevo método jurídico, ha planteado interesantes reflexiones, entre otros, Joseph Aguiló. Este destacado jurista español ha expresado este cambio de paradigma jurídico en los siguientes términos: “En definitiva, he tratado de mostrar que la importancia que en los últimos tiempos han adquirido dentro de la reflexión jurídica cuestiones tales como la del papel de los principios jurídicos en el razonamiento jurídico, la de la argumentación jurídica en la determinación de la validez jurídica, la de la relativización de la oposición entre creación y aplicación de las normas, la de la juridificación de la política, etc., se debe a que todas ellas son manifestaciones de un cambio profundo en nuestra concepción del Derecho y que este cambio está muy vinculado a la evolución del constitucionalismo” (Cfr. AGUILÓ REGLA, Joseph: *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra – Temis, Lima – Bogotá, 2004, p. 177).

¹⁶⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, op. cit., p. 48.

¹⁶¹ Ibidem.

Se podrá apreciar que esta propuesta que aquí se esgrime, va a manifestarse en todas las disciplinas jurídicas, por un lado, y a la vez, en los ordenamientos jurídicos que epistémicamente estudian dichas disciplinas jurídicas. Nos explicamos: el Derecho Civil estudia un determinado ordenamiento jurídico, que en este caso, la normativa civil o, en términos más coloquiales, el Código Civil. Análogamente, así podríamos seguir nuestro excursus de que el Derecho Penal, como ciencia, estudia el ordenamiento penal, o más propiamente, el Código Penal y sus leyes complementarias. Esta transversalidad que aquí se propone atraviesa el Derecho Constitucional en sus dos acepciones frente a las demás disciplinas, y frente a las demás normas que son objeto de estudio por dichas disciplinas. Así tenemos, que bien puede hablarse de un Derecho Penal Constitucional¹⁶², de un Derecho Civil Constitucional¹⁶³, de un Derecho Tributario Constitucional¹⁶⁴, y así sucesivamente. Esta transversalidad que aquí desarrollaremos van a ser objeto de lo que el Tribunal Constitucional, a partir de su interpretación desde la Constitución, ha desarrollado en materias como son sobre temas civiles, penales, laborales, tributarios, etc.

Lo que sigue a continuación, en consecuencia, es la transversalización intradisciplinaria, que comprende la disciplina misma del Derecho Constitucional, con las otras disciplinas y fundamentalmente, la influencia del ordenamiento constitucional como sistema de fuentes, frente al influjo o irradiación al resto del ordenamiento de un sistema jurídico. En otras palabras, todas las órdenes o dimensiones de los derechos según fuere la materia, civil, penal, etc., son “permeables” por el Derecho Constitucional, en tanto éste penetra otorgándole su fundamentabilidad desde su perspectiva de su sistema de valores y principios que ella encarna¹⁶⁵.

¹⁶² Por ejemplo, a nivel sustantivo tenemos: MIR PUIG, Santiago: *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011; MIR PUIG, Santiago y Miretxu CORCOY BIDASOLO (directores) y Juan Carlos HORTAL IBARRA (coordinador): *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012. Y a nivel procesal: GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo: *Processo Penal e Constituição*, 6ª edición, Saraiva, Sao Paulo, 2014; GARBERÍ LLOBREGAT, José: *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 2009; PLAZAS, Florencia G. y Luciano A. HAZAN (compiladores): *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2015; CARRIÓ, Alejandro D.: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 6ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

¹⁶³ ETO CRUZ, Gerardo: *Introducción al Derecho Civil Constitucional*, Normas Legales, Trujillo, 2000.

¹⁶⁴ SPISSO, Rodolfo: *Derecho Constitucional Tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1991

¹⁶⁵ No estamos de acuerdo con lo que enfatiza Silvio Gallo, quien sostiene que “Una de las tentativas de superación de esta fragmentación ha sido la propuesta de pasar un conocimiento interdisciplinario, permitiendo la construcción de aquella comprensión más abarcadora del saber históricamente producido por la humanidad. Las propuestas interdisciplinarias, sin embargo, presentan unos límites muy estrechos, pues chocan con problemas básicos como por ejemplo, la formación estanque de los propios profesionales, que necesitan vencer barreras conceptuales para comprender la relación de la especialidad con las demás

2.¿POR QUÉ EL DERECHO CONSTITUCIONAL TRASPASA A TODOS LOS DEMÁS ÓRDENES DE UN SISTEMA JURÍDICO?

No basta, estimamos, con invocar el portaestandarte de que el ordenamiento jurídico se ha “constitucionalizado”. Debemos inquirir, al menos con cierto respaldo de algunas bases o fundamentos filosóficos, de cómo es que el ordenamiento constitucional se nos presenta como la fuente de fuentes de un sistema jurídico expresada en una fuente formal y una fuente material. Aquí viene a reflexión la “ontología” del conocimiento propuesta por Nicolai Hartmann (1882-1950) que, a su vez, la divide en una *ontología del conocimiento del objeto* y en una *ontología del objeto de conocimiento*. En ambas categorías, según Hartmann, plantea que en toda teoría del conocimiento:

“(…) hay elementos metafísicos y en toda metafísica elementos gnoseológicos. Hartmann pone de relieve que hay identidad parcial en las categorías del ser cognoscente y del ser conocido. Pone, además, de relieve los modos como puede concebirse el objeto en tanto que objeto de conocimiento. Examina al efecto los diversos aspectos del objeto como conocido, objetivado y cognoscible, transobjetivado, inteligible y transobjetivado transinteligible. Lo transobjetivado transinteligible es el ser trascendente que, en cuanto tal, es opaco. Este último aspecto no puede excluirse del objeto, pero no puede tampoco partirse de él con el fin de derivar del mismo las propiedades de todo objeto”¹⁶⁶.

A partir de lo ontológico, Hartmann ha examinado tanto los momentos del ser (*seingmomente*), como por ejemplo la *existencia* y la *esencia*, y las maneras del ser (*seinsweisen*), como por ejemplo la *realidad* y la *idealidad*, como los modos del ser (*seismodi*), como la *posibilidad* y la *realidad*¹⁶⁷. A partir de estas bases ontológicas, Hartmann expone la “teoría de las categorías”: así, Ferrater Mora explica que, a partir de esta teoría:

áreas del saber” [GALLO, Silvio: “Conocimiento y transversalidad”, en <https://www.bu.edu/wcp/Papers/TKno/TKnoGall.htm> (visitado el 04/10/16)].

¹⁶⁶ FERRATER MORA, José: *Diccionario de filosofía*, T. II, Ariel, Barcelona, 2004, p. 1564.

¹⁶⁷ FERRATER MORA, José: *Diccionario de filosofía*, T. II, op. cit., p. 1565.

“puede elaborarse la filosofía de la Naturaleza (con las categorías que estructural el mundo real) y la filosofía del espíritu (con las categorías que estructuran el mundo del espíritu y las diversas formas de éste a que antes nos hemos referido). Dentro de la teoría de las categorías se examinan lo que Hartmann llama leyes categoriales, las cuales son cuatro: 1) Las categorías no son separables de una realidad concreta de la cual constituyen sus principios; 2) Las categorías no aparecen aisladas, sino dentro de una capa categorial; 3) Las categorías de la capa superior contienen muchas de la capa inferior, pero no al revés; 4) Las categorías de la capa superior están fundidas en las de la capa inferior, pero no al revés. Consecuencia de estas leyes son dos leyes fundamentales que desempeñan un papel capital en la ‘construcción’ categorial del mundo por parte de nuestro filósofo: la ley de fuerza, según la cual las categorías inferiores son las más fuertes, y la ley de libertad, según la cual las categorías superiores son libres (o autónomas) respecto a las inferiores. Esta última ley parece incompatible con la antes mencionada ley 4), pero no lo es si tenemos en cuenta que ‘fundado en’ no significa ‘determinado por’, sino simplemente el hecho de que sin categorías inferiores no pueden construirse las superiores”¹⁶⁸.

En esta misma línea, Hans Störig, aludiendo a la postura de Hartmann, respecto a la estructura del mundo real, sostiene pues que dichas “categorías fundamentales”, “atraviesan todos los estratos de lo que es. En ellas se imbrica la vinculación mutua de todos los estratos del ser. Con ellas, se hace aprehensible algo del carácter unitario del ser”¹⁶⁹.

Resultan pertinentes estas extensas glosas, porque desde el plano de la propia reflexión filosófica podríamos afirmar, en líneas generales, que tratar de llegar a conocer la esencia de las cosas y de la realidad; ello supone una aproximación de distintas vertientes de creencias que se interconectan entre sí. En el campo jurídico, Kant en la *Metafísica de las costumbres*, llegó a distinguir dos niveles del conocimiento jurídico y que aún siguen siendo válidas. Expresó el filósofo que “el

¹⁶⁸ FERRATER MORA, José: *Diccionario de filosofía*, T. II, op. cit., p. 1565.

¹⁶⁹ STÖRIG, Han Joachim: *Historia universal de la filosofía*, traducción de Antonio Gómez Ramos, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 643-644.

jurista puede saber y declarar lo que es Derecho –*quid (sit) iuris*–, es decir, lo que las leyes prescriben en un determinado lugar y tiempo; pero para saber lo que es *iustum et injustum* –*quid (sit) ius*– ha de acudirse a los juicios de la razón pura, es decir, a la filosofía”¹⁷⁰.

Aunque el enfoque transversal que aquí venimos esgrimiendo como una metodología para integrar diversas regiones ónticas del ser, no es en sí un criterio filosófico, ello está imbricado con un *substratum* filosófico. Todas estas disquisiciones aquí pálidamente esbozadas tienen que ver con el *fenómeno constitucional* que, como *categoría fundamental* del *fenómeno jurídico* determina, penetra e influye en todas las demás constelaciones de un sistema jurídico.

Y la explicación es que la *esencia* misma del derecho constitucional en su *manifestación normativa*, es la de ser la fuente que *legitima* al resto del ordenamiento jurídico. Esta postura recién ha sido desarrollada a raíz de un gran salto cualitativo que se ha presentado en la evolución del constitucionalismo en el mundo occidental: y ese paso es que la Constitución *ab initio* o desde su primeros orígenes, se concibió como un *concepto político*¹⁷¹ que llevó a tener vigor esta concepción por casi dos siglos; pero a partir de la década de los 50 y entre los años 70 y 80, se decantó la Constitución como un *concepto normativo*. Este paso evolutivo y dialéctico, fruto acaso de la crisis política que se desencadenó en el período de entreguerras; es lo que llevó a diversos pensadores (entre otros, a Konrad Hesse, Eduardo García de Enterría y Germán Bidart Campos) a desarrollar la concepción hoy pacífica de que la Constitución es norma jurídica; y como tal, implica entre otras características, las de:

¹⁷⁰ NIETO, Alejandro y Agustín GORDILLO: *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003, p. 17.

¹⁷¹ FIORAVANTI, Maurizio: *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, traducción de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001.



La Constitución, en su dimensión normativa, no cabe duda que va pues a atravesar a todas las demás normas, deviniendo ellas "constitucionalizadas". Esta *cualidad* responde a una serie de principios y que van a estar subyacentes en todas las demás ramas jurídicas. Aquí, siguiendo en versión libre al profesor Néstor Pedro Sagüés, veremos los *principios específicos* que va a encarnar la Constitución¹⁷²:

2.1. Principio de fundamentalidad

Cabe previamente aclarar que estos principios sólo corresponden a un verdadero *Estado Constitucional* no sólo en la línea expuesta en su momento por Peter Häberle¹⁷³, sino que dichos principios corresponden a un Estado democrático.

¹⁷² SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*, T. I, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 35 y ss.

¹⁷³ HÄBERLE, Peter: *El Estado constitucional*, estudio introductorio de Diego Valadés, traducción e índices de Héctor Fix-Fierro, Astrea, Buenos Aires, 2007 (hay edición mexicana, de 2001).

Anota Sagüés que “el derecho constitucional se ocupa solamente de lo que sea *esencial* para la estructura y fundamento del Estado. Le toca así sancionar las bases del *estatuto del poder* y del *estatuto de los derechos*”¹⁷⁴.

A partir de este principio de fundamentalidad que, en la perspectiva de Hartmann constituye la “*categoría fundamental*” del mundo jurídico; o en la concepción kelseniana la norma fundamental que va a dar validez al restante orden jurídico¹⁷⁵, se van a desprender diversos subprincipios que van a “transversalizar” a las restantes normas –y disciplinas jurídicas–. Veamos:

2.1.1. Subprincipio de organización

La Constitución tiene dos grandes partes que son la *dogmática* y la *orgánica*. Esta última justamente pretende regular la “Estructura del Estado”; ello supone establecer el régimen del poder político. Como se sabe, en todo Estado existe un solo poder político¹⁷⁶; pero éste se va a expresar en diversos órganos. En consecuencia, lo que hace la Constitución es dotarle a cada órgano cómo deben tomar sus decisiones, cómo los deben cumplir y cómo se deben coordinar entre sí.

2.1.2. Subprincipio de distribución

La misma “*parte orgánica*” de la Constitución va a establecer que el Poder Político; esto es, cada órgano que lo integra, tenga determinadas *competencias* y *atribuciones*. Subyace en este subprincipio de distribución la idea de *delimitación* e *indelegabilidad*: esto significa que un órgano tiene asignado un determinado rol o atribución; por lo que debe asumirla sin excederse de ella y, por otro lado, no debe *transferirla* ni cederla a otro órgano; ni éste arrogarse competencia que no las tiene asignadas. Anota Sagüés que un órgano podría cederle a otro por vía de delegación, o por vía del derecho constitucional consuetudinario. A esto se llama también subprincipio de corrección funcional en expresión de Hesse¹⁷⁷.

¹⁷⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*, op. cit., p. 35.

¹⁷⁵ KELSEN, Hans: *Teoría pura del derecho: introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, traducción de la primera edición de *Reine Rechtslehre*, presentación de Gregorio Robles, Trotta, Madrid, 2011; y *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, traducción de la segunda edición del alemán por Wenceslao Roces, notas, revisión y presentación de Ulises Schmill, Porrúa, México, 1987.

¹⁷⁶ BIDART CAMPOS, Germán: *El derecho constitucional del poder*, Ediar, Buenos Aires, 1967; y *El Poder*, Ediar, Buenos Aires, 1985.

¹⁷⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*, op. cit., p. 36.

2.1.3. Subprincipio de responsabilidad

A diferencia de los regímenes monárquicos donde se concebía que los monarcas estaban por encima del bien o del mal, en las concepciones republicanas que establecen las Constituciones modernas impera el principio de responsabilidad. Así, todo alto funcionario, aun cuando ostente determinadas prerrogativas, a ello se suma un peso de su responsabilidad en la función pública.

2.1.4. Subprincipio de finalidad

Toda Constitución siempre va a tener un *techo ideológico*; o en palabras de Pablo Lucas Verdú, una *fórmula política*¹⁷⁸. Para ello, puede la Constitución estar dotada de una fórmula “minimalista” donde acaso se establecen los grandes lineamientos de los fines del Estado; o puede la Constitución tener una tendencia extensiva donde se regule “normas económicas, sociales, ideológicas o de otra índole”¹⁷⁹.

A partir del principio de *fundamentabilidad*, anota Sagüés en la línea que nos ocupa, “el derecho constitucional puede ‘capturar’ área de otras disciplinas jurídicas, si las reputa esenciales para la estructura y operatividad del Estado”¹⁸⁰.

Tales, serían por ejemplo, solo para aludir a cierta regla del derecho penal, como la fórmula del principio de legalidad penal (art. 2, inciso 24, d), la presunción de inocencia (art. 2, inciso 24, e); o de derecho procesal penal, tales como “nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez (art. 2, inciso 24, f); nadie puede ser incomunicado, sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previsto por la ley (art. 2, inciso 24, g); derecho a la legítima defensa (art. 2, inciso 23), el derecho al debido proceso y la tutela procesal (art. 139º inciso 3); otras vertientes como el derecho civil: interdicción sobre la mención del estado civil de los padres (artículo 6º); y así se podría seguir un periplo de cartografía puntual en otras disciplinas que, como veremos en su momento, están todas transversalizadas por los predios constitucionales.

¹⁷⁸ CANOSA USERA, Raúl: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

¹⁷⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*, op. cit., p. 36.

¹⁸⁰ Ibidem.

2.2. Principio de totalidad

Este principio enuncia una concepción totalizadora e integradora de todo el orden jurídico. Así, mientras las otras materias jurídicas, anota Sagüés, “enfocan aspectos parciales del derecho (el derecho laboral, las cuestiones de trabajo; el penal, el delito; el comercial, las operaciones mercantiles, etc.), el derecho constitucional importa la programación de los aspectos básicos de *toda* la vida estatal y social”. Y anota el profesor rosarino: “No hay ramas jurídicas que escapen al plan de gobierno enunciado en la Constitución”¹⁸¹.

Podrá advertirse que, en esencia, la Constitución, desde los antiguos hasta los modernos, establecen y regulan los grandes temas que van a significar una convivencia de paz: este principio de totalidad se bifurca, por un lado, en el control del poder; y por otro, en garantizarle a las personas sus libertades y sus derechos, a fin de que, con ellos, afirme sus proyectos de vida y de realizaciones.

2.3. Principio de perdurabilidad

Toda Constitución aspira a ser duradera, a tener estabilidad, permanencia. Con ello se consolida un instrumento vivo de gobierno con miras a regular la vida de una Nación. La Constitución se nos presenta como un gran proyecto político de una nación, por lo que no debe regular materias y temas de naturaleza contingencial. Regula sólo lo *trascendente* y que se proyecta en el tiempo. Lo trascendente no caduca, lo accesorio y contingencial sí, es lo anecdótico, lo coyuntural que pueden ser las leyes ordinarias; mas no un texto constitucional.

2.4. Principio de supremacía

Sobre este aspecto Sagüés reflexiona en forma clara: “con relación a las normas de otras disciplinas (códigos civiles y penales, leyes laborales, etc), muchas reglas de derecho constitucional (las insertadas en la Constitución) tienen *supremacía*, esto es, superioridad. El derecho opuesto a la Constitución es derecho inválido, tesis incluida en Constituciones de tan distinto signo ideológico como la norteamericana (art. VI), la soviética de 1977 (art. 4 y 173) o la china (art. 53)”¹⁸².

¹⁸¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*, op. cit., p. 37.

¹⁸² SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*, op. cit., p. 37.

Este principio si bien nunca fue explícito en las Constituciones de la primera generación (siglos XVIII y XIX), estaba en la práctica subyacente. Fue, sin embargo, en el célebre caso de *Marbury vs. Madison*, en que el juez John Marshall sentó pretorianamente dicho principio, y hoy no se puede concebir que una Constitución tenga esa cualidad o referencia¹⁸³.

Por este principio de supremacía, ha de entenderse, en líneas generales, los siguientes enunciados:

- a) La Constitución se encuentra en una condición de *superioridad* frente al resto del ordenamiento jurídico.
- b) Constituye la base, origen y razón de todas las “constelaciones normativas”, por lo que se presenta como la fuente de fuentes del sistema jurídico. Por ende, da validez al resto de normas jurídicas. Esto supone que la supremacía de una Constitución ha de ser el parámetro único de legitimación, *sensu contrario*, una norma será inválida si ella comete una infracción a la Constitución, bien sea por la forma o por el fondo.
- c) En todo Estado, existe una “estructura jerárquica del orden jurídico”. Así, toda la ordenación se encuentra a través de un conjunto de peldaños de prelación entre sí: unas normas otorgan validez a otras; y estas, a otras. La fuente última lo va a otorgar la Constitución, por estar en esa regia condición de superlegalidad suprema.
- d) La supremacía de una Constitución se va a bifurcar, a su vez, en dos vertientes: una lógica y otra axiológica. Por la primera, las normas en tanto respeten a la fuente de fuentes en su modo de producción y en su contenido esencial –forma y fondo–, serán constitucionales; y así podemos afirmar que cualquier código o ley ostenta el principio de constitucionalidad. Por otro lado, la supremacía constitucional axiológica significa que la producción jurídica en sus heterodoxas regulaciones y manifestaciones, sean materia civil, penal, laboral, mercantil, tributaria, previsional, etc., deben asumir, desarrollar y respetar ese *prius* de valores superiores que encarna e irradia, traspasa y transversaliza la Constitución.
- e) Consustancial a la supremacía de una Constitución, debe ella ostentar su carácter *rígido*¹⁸⁴; esto es, la rigidez supone que si ella –la Constitución– va a ser objeto de reformas, debe existir un mecanismo “agravado”, no puede ser reformada como cualquier ley ordinaria.

¹⁸³ ETO CRUZ, Gerardo: “John Marshall y la sentencia *Marbury vs. Madison*”, en *Constitución y procesos constitucionales*, Tomo I, Adrus, Lima, 2013, pp. 731-787.

¹⁸⁴ BRYCE, James: *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, prólogo de Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

- f) No obstante todo lo expuesto, Sagüés advierte que este principio puede, a la postre, y en su propia *dinámica constitucional*, ser relativo en tanto puede presentarse situaciones como la de que autoridades como el legislativo, ejecutivo o aún el judicial no respeten; o el órgano de jurisdicción constitucional no declare inconstitucional una norma que afecta dicho principio. También puede generarse una mutación o desnaturalización de este principio si se diera, por ejemplo, “leyes secretas”¹⁸⁵.

Al lado de este principio, hoy en el marco de la posmodernidad, se ha presentado un fenómeno en los predios del Derecho Internacional Público, tanto en Europa como en América Latina: el *principio de supremacía convencional*. Esto significa que ya el marco referencial de la norma no lo va a otorgar la Constitución, sino otro conjunto de normas que provienen del sistema de fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, en la región de América Latina, se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más sus protocolos y otros tratados internacionales en materia de derechos humanos, más los fallos o jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), todo este vasto mosaico de normas, van a tener una especial relevancia en cada país signatario que ha suscrito dichos Tratados; razón por la cual, hoy el sistema de fuentes, en los últimos lustros, se ha traspasado del *canon constitucional* al *convencional*. Así, el *bloque de convencionalidad* se nos presenta como un referente que va a manifestarse en todo el ordenamiento interno de cada país. Si una norma no compatibiliza con dicho “bloque de convencionalidad”, puede ser objeto de un control de convencionalidad, bien sea que lo conozca la Corte IDH y así hablemos de un “control vertical”, o bien puede, en los últimos años en que se ha gestado este nuevo paradigma, ejercerlo un juez nacional que, por ficción jurídica se convierte en un “juez convencional”, y ejerce el “control difuso de convencionalidad”¹⁸⁶.

Como se podrá apreciar, bien cabe hablar entonces que hoy por hoy, las Constituciones nacionales deben ser convencionales¹⁸⁷, *sensu contrario*, puede que una cláusula constitucional sea objeto de un control de

¹⁸⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Las leyes secretas. El sigilo legislativo en el Derecho Constitucional argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

¹⁸⁶ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *El amparo del siglo XXI*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Giovanni FIGUEROA MEJÍA (coordinadores), Porrúa, México, 2014, pp. 1-110; especialmente, p. 46 y ss.

¹⁸⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro: “Constitución convencionalizada”, en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y convencional*, op. cit., pp. 190-192.

convencionalidad y a la postre, la Corte IDH declare a dicha norma constitucional inconvencional¹⁸⁸.

2.5. Principio de funcionalidad

Por este principio, una Constitución debe ser útil y pragmática. Siguiendo a Sagüés, distinga a su vez cuatro sub principios:

2.5.1. Subprincipio de eficacia:

El derecho constitucional y la propia Constitución deben ser eficientes. Rescata Sagüés un fallo de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Unión vs. Peniston*, en la que se sostuvo que la Constitución debe ser objeto de una “interpretación práctica”. El TC peruano también ha hecho uso de este subprincipio:

b) El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución)¹⁸⁹.

2.5.2. Subprincipio de cooperación

En la medida en que la Constitución pretende racionalizar el ejercicio legítimo del poder político, debe repararse que, conforme lo pregonaba la ciencia política, en un Estado existe sólo un poder político; y que éste se va a expresar en diversos órganos. Por tanto, cada órgano o “poderes públicos”, deben entenderse que forman parte de un solo poder político; y por tanto, deben

¹⁸⁸ ETO CRUZ, Gerardo: “El control del orden jurídico internacional al orden jurídico nacional. Reflexiones sobre un tema contemporáneo: las normas constitucionales inconvencionales”, ponencia presentada al XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, “Trayectoria y porvenir del constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a la Constitución de Querétaro en su centenario”, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, del 1 al 3 de febrero de 2017.

¹⁸⁹ STC N.º 05854-2005-AA/TC, fundamento 12.

actuar en forma coordinada y bajo un espíritu de cooperación y de ayuda mutua.

2.5.3. Subprincipio de persistencia

Toda Constitución debe dotarle al régimen político de una estabilidad al ser el texto constitucional una parte que establece la estructura del Estado (parte orgánica), ella debe ser el estatuto que libera tensiones, allana el camino y hace del ejercicio del poder una fuente de legitimidad en su andadura.

De allí que, gran parte de este rol, lo va a desarrollar la jurisdicción constitucional, muchas veces haciendo, frente a un control político (v. gr. de proceso de inconstitucionalidad, apelar a las “*sentencias interpretativas*”, y así salvar de constitucionalidad a la ley); o en casos de conflictos de competencias. En síntesis, la persistencia de un texto constitucional radica en su ductibilidad frente a las dinámicas que se presentan en un régimen o sistema político.

2.5.4. Subprincipio de adaptación

La Constitución va a ser objeto de permanente interpretación; razón por la cual, no debe hipotecar el exégeta constitucional, una interpretación “originalista o no interpretativista”, sino una interpretación textualista¹⁹⁰; esto es, una interpretación “dinámica” que se adapte a los tiempos y contingencias del presente y no entenderse como un cadáver embalsamado.

2.6. Principio ideológico: el Estado social de Derecho

De todo el mundo jurídico, el más politizado, no cabe duda, es el Derecho Constitucional, y ello en tanto constituye el instrumento jurídico que pretende regular normativamente los fenómenos políticos. En tal perspectiva, del Derecho Constitucional no se le puede reclamar que sea “neutro”. Hoy, los Estados constitucionales¹⁹¹ se ubican bajo el marco de un nuevo *desiderátum*: configurarse como un Estado social y constitucional de Derecho. A este respecto, el TC peruano tiene una larga lista de fallos en los que ha declarado:

¹⁹⁰ BELTRÁN, Miguel: *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, prólogo de Enrique Alonso García, Cuadernos Civitas, Madrid, 1989, pp. 45 y ss., y 51y ss.

¹⁹¹ HÄBERLE, Peter: *El Estado constitucional*, estudio introductorio de Diego Valadés, traducción e índices de Héctor Fix-Fierro, Astrea, Buenos Aires, 2007 (hay edición mexicana, de 2001).

“El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. Por ejemplo, la propiedad privada no sólo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común, y dentro de los límites de la ley”¹⁹²

3. UN BREVE EJERCICIO EMPÍRICO DE CÓMO EL DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSVERSALIZA EL RESTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO A PARTIR DE SUS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Cuando aludimos a la supremacía constitucional, se advertía que una manifestación de ella es la supremacía axiológica que la Constitución va a desencadenar en el resto del ordenamiento jurídico. Este contenido axiológico básicamente es del respeto a los derechos básicos de la persona. Es acaso el primer signo que reclama el pórtico del artículo 1º de la Constitución: que la persona es eje, centro y fin en sí mismo. De allí que todas las materias jurídicas deben cumplir este principio. Ahora bien, la Constitución tiene un delineamiento de un conjunto de derechos fundamentales, o derechos constitucionales, que cabe aquí enunciarlos. Así, el texto distingue derechos constitucionales en forma expresa o tácita. Lo propio debe reputarse como “derechos constitucionales” o fundamentales aquellos:

- i) de naturaleza análoga;
- ii) los que se fundan en la dignidad del hombre;
- iii) los que se basan en los principios de la soberanía del pueblo;
- iv) los que se fundan en los principios del Estado Democrático de Derecho; y
- v) los principios que sustentan la forma republicana de gobierno.

Por lo pronto, una sistematización aproximativa de la Constitución que expresamente regulan una serie de principios con una apertura amplia son los siguientes:

- de anualidad del presupuesto del sector público: 77; 78.
- del estado democrático de derecho: 3.
- de la forma republicana de gobierno: 3.
- de la igualdad ante la ley: 2, 2º.

¹⁹² STC N.º 00008-2003-PI, párrafo primero del fundamento 12.

- de irretroactividad de las leyes: 103.
- de igualdad de oportunidades sin discriminaciones: 26, 1º.
- del carácter irrenunciable de los derechos del trabajador: 26, 2º.
- de la interpretación favorable al trabajador en caso de duda sobre el sentido de la norma: 26, 3º.
- de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona: 74.
- de inaplicabilidad por analogía de la ley penal: 139, 9º.
- de la legalidad sancionadora: 2, 24º, d.
- de la libertad de empresa, comercio e industria: 59.
- de la libertad de cátedra: 18.
- de educación gratuita: 17.
- de la obligatoriedad de la educación inicial, primaria y secundaria: 17.
- de que el poder emana del pueblo: 45.
- de que no hay prisión por deudas: 2, 24º, c.
- de pluralidad de la oferta educativa: 17.
- de reciprocidad en el cumplimiento de los tratados de extradición: 37.
- de soberanía del pueblo: 3.
- de unidad y exclusividad jurisdiccional: 139, 1º.
- de gratuidad de la administración de justicia: 139, 16º.
- de toda persona a formular análisis y crítica de las resoluciones judiciales: 139, 20º.
- del régimen penitenciario: 139, 22º.
- de separación de poderes: 43.
- tributario de reserva de la ley: 74.
- de derogación de la ley por otra ley: 103.
- de la función jurisdiccional: 139.
- de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley: 139, 8º.
- generales del derecho: 139, 8º, 181.
- de no ser penado sin proceso judicial: 139, 10º.
- de no ser condenado en ausencia: 139, 12º.
- de no ser privado del derecho de defensa: 139, 14º.
- de que toda persona debe ser informada por escrito de las causas o razones de su detención: 139, 15º.

Como se podrá apreciar, un buen elenco de estos principios son pasibles de tutela vía el amparo.

En lo que va de la presencia del TC a 30 años (incluyendo su “viejo” Tribunal de Garantías Constitucionales)¹⁹³, a la actualidad, se puede mostrar pletóricamente una compleja urdimbre de “principios” que aquí, *grosso modo* esbozamos, y que la dinámica de nuestra jurisdicción constitucional ha diseñado:

1. Principios constitucionales tributarios como límites y garantías: STC N° 02682-2004-AA; protección de las personas frente a la arbitrariedad tributaria: STC N° 02689-2004-AA/TC; respeto por los principios de reserva de ley e igualdad: STC N° 09165-2005-PA/TC; principio de legalidad en materia tributaria: STC N° 0029-2004-AI/TC; principio de legalidad tributaria y el principio de reserva de ley: STC N° 0042-2004-AI/TC; beneficios tributarios y principio de reserva de ley: STC N° 0042-2004-AI/TC.
2. Principios constitucionales en materia presupuestaria; principio de legalidad presupuestaria: STC N° 0004-2004-CC/TC; principio de competencia: STC N° 0004-2004-CC/TC; principio de competencia, de justicia presupuestaria, principio de equilibrio, de unidad, principio de anticipación, de anualidad de programación: STC N° 0004-2004-CC/TC.
3. Principio de libertad de contratación: STC N° 0006-2000-AI/TC
4. Principio constitucional de publicidad: STC N° 0009-2007-PI/TC
5. Principio constitucional de transparencia: STC N° 0009-2007-PI/TC
6. Principio de buena fe: STC N° 0022-2009-PI/TC
7. Principio de coherencia normativa: STC N° 0005-2003-AI/TC
8. Principio de colaboración del Estado con las confesiones religiosas: STC N° 06111-2009-PA/TC
9. Principio de competencia: STC N° 0024-2007-AI/TC
10. Principio de competencia de la competencia: RTC N° 0006-2006-CC/TC
11. Principio de concordancia práctica: STC N° 05854-2005-PA/TC
12. Principio de congruencia: STC N° 07022-2006-PA/TC
13. Principio de conservación de la ley: STC N° 0004-2004-AI/TC
14. Principio de corrección funcional: STC N° 05854-2005-PA/TC
15. Principio de conservación de las normas: STC N° 0017-2003-AI/TC
16. Principio de culpabilidad: STC N° 0014-2006-PI/TC
17. Principio de desarrollo sostenible: STC N° 0048-2004-PI/TC
18. Principio de dignidad: STC N° 02945-2003-AA/TC
19. Principio de dirección judicial del proceso: STC N.º 0005-2005-CC/TC
20. Principio de dominio eminential: STC N.º 0023-2009-PI/TC

¹⁹³ ETO CRUZ, Gerardo: “Contribuciones del Tribunal Constitucional al fortalecimiento de la democracia en el Perú: una mirada panorámica a 30 años de su existencia”, en *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*, Tomo I, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, 2013, pp. 13 y 51.

21. Principio de economía: STC N° 04587-2004-PA/TC
22. Principio de exclusividad de la función jurisdiccional: STC N° 0017-2003-AI/TC
23. Principio de favorabilidad: STC N° 01955-2008-PHC/TC
24. Principio de fuerza normativa de la Constitución: STC N° 05854-2005-PA/TC
25. Principio de función integradora: STC N° 05854-2005-PA/TC
26. Principio de generalidad: STC N° 0007-2006-PI/TC
27. Principio de gratuidad en la actuación del demandante: STC N° 01607-2002-AA/TC
28. Principio de igualdad: STC N.º 0045-2004-PI/TC; STC N.º 0096-2006-AA/TC; STC N° 0027-2006-PI/TC; STC N° 0008-2005-PI/TC; STC N° 0045-2004-PI/TC
29. Principio de imparcialidad de la función jurisdiccional: STC N° 0003-2006-PI/TC
30. Principio de independencia de la función jurisdiccional: STC N° 0023-2003-AI/TC; STC N° 0019-2009-PI/TC
31. Principio de intermediación: STC N° 02876-2005-PHC/TC; STC N° 06846-2006-PHC/TC
32. Principio de inmunidad de coacción: STC N° 03283-2003-AA/TC
33. Principio de interdicción de la arbitrariedad: STC N° 0090-2004-CC/TC; STC N° 06167-2005-PHC/TC
34. Principio de interpretación desde la Constitución: STC N° 0004-2004-CC/TC
35. Principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: STC N° 0042-2004-AI/TC
36. Principio de *iura novit curiae*: STC N° 0569-2003-AA/TC
37. Principio de irretroactividad de las normas: STC N.º 0002-2006-PI/TC
38. Principio de jerarquía: STC N° 0047-2004-AI/TC; STC N° 0022-2004-PI/TC; STC N.º 0005-2009-PI/TC
39. Principio de jerarquía funcional en el órgano legislativo: STC N.º 0002-2003-PI/TC
40. Principio de laicidad del Estado: STC N° 06111-2009-PA/TC
41. Principio de la libre iniciativa privada: STC N° 0228-2009-PA/TC
42. Principio de mayoría: STC N° 0013-2009-PI/TC
43. Principio de legalidad: STC N.º 02192-2004-PA/TC
44. Principio de *lex certa*: STC N 0010-2002-AI/TC
45. Principio de libre competencia: STC N° 0014-2009-PI/TC
46. Principio de limitación: STC N° 03320-2010-PA/TC
47. Principio de interés superior del niño: STC N° 01817-2009-HC/TC
48. Principio democrático: STC N° 0030-2005-PI/TC
49. Principio de no confiscatoriedad: STC N° 0004-2004-PI/TC; STC N° 02302-2003-PA/TC
50. Principio de no discriminación: STC N° 0611-2009-PA/TC; STC N° 0008-2005-PI/TC

51. Principio de presunción de constitucionalidad: STC N° 0044-2004-PI/TC; STC N° 0004-2005-PI/TC
52. Principio de prevención: STC N° 03343-2007-PA/TC
53. Principio de primacía de la realidad: STC N° 02132-2003-AA/TC; STC N° 01944-2002-AA/TC; STC N.º 02387-2002-AA/TC
54. Principio de proporcionalidad: STC N° 0010-2002-AI/TC; STC N° 0045-2004-AI/TC
55. Principio de proscripción de prisión por deudas: STC N° 02982-2003-HC/TC
56. Principios de protección especial del niño: STC N° 0187-2009-HC/TC; STC N° 01817-2009-HC/TC
57. Principio de publicidad de los procesos judiciales: STC N° 01219-2003-HD/TC; STC N.º 02262-2004-HC/TC.
58. Principio de razonabilidad: STC N° 0006-2003-AI/TC
59. Principio de reserva de ley: STC N° 02302-2003-PA/TC; STC N° 02762-2002-AA/TC; STC N° 0042-2004-PI/TC
60. Principio de retroactividad benigna: STC N° 02389-2007-HC/TC; STC N° 09810-2006-HC/TC
61. Principio de seguridad: STC N.º 0016-2002-AI/TC
62. Principio de separación de poderes: STC N° 0030-2005-PI/TC; STC N° 0023-2003-AI/TC; STC N.º 0005-2007-PI/TC
63. Principio de socialización: STC N.º 03547-2009-PHC/TC
64. Principio de solidaridad: STC N° 02945-2003-AA/TC; STC N° 0048-2004-AI/TC
65. Principio de subsidiariedad: STC N° 0002-2005-PI/TC; STC N° 07320-2005-AA/TC
66. Principio de supremacía constitucional: STC N° 02939-2004-AA/TC
67. Principio de transparencia: STC N° 0020-2003-AI/TC
68. Principio de tipicidad: STC N° 02192-2004-PA/TC
69. Principio de unidad de la función jurisdiccional: STC N° 0023-2003-AI/TC
70. Principio de taxatividad: STC N° 0020-2005-PI/TC
71. Principio de tolerancia: STC N° 0042-2004-AI/TC
72. Principio dispositivo: STC N° 03151-2006-PI/TC
73. Principio *pro operario*: STC N° 0008-2005-PI/TC
74. Principio jurídico de soberanía constitucional: STC N° 0050-2004-AI/TC
75. Principio *iura novit curiae*: STC N° 04080-2004-PC/TC
76. Principio *ne bis in ídem*: STC N° 0916-2009-HC/TC; STC N° 03065-2010-PHC/TC
77. Principio político de soberanía popular: STC N.º 0050-2004-AI/TC
78. Principio precautorio: STC N° 02005-2009-PA/TC; STC N° 09340-2006-PA/TC
79. Principio *pro actione*: STC N° 01099-2003-AA/TC; STC N° 04251-2007-PA/TC
80. Principio *pro debilis*: STC N° 02005-2009-PA/TC
81. Principio *pro homini*: STC N° 01003-1998-AA/TC; STC N° 02005-2009-PA/TC; STC N.º 01049-2003-AA/TC

- 82. Principio *reformatio in peius*: STC N° 0553-2005-HC/TC; RTC N° 02268-2002-HC/TC
- 83. Principio *tempus delicti comissi*: STC N° 0003-2005-PI/TC
- 84. Principios constitucionales: STC N° 0047-2004-AI/TC
- 85. Principios constitucionales tributarios: STC N° 0004-2004-CC/TC
- 86. Principios generales del Derecho: STC N° 0047-2004-AI/TC
- 87. Principios laborales constitucionales: STC N° 0008-2003-PI/TC

Ha bastado todo este largo excurso para poder comprender que no basta con entender una transversalización con sólo enunciar la constitucionalización del ordenamiento jurídico; sino que tras este enunciado, existe todo un complejo mar de fondo que logra explicar y comprender cómo es que “opera” la transversalización desde el derecho constitucional a las demás normas y, por ende, a las demás disciplinas jurídicas.



RESUMEN

La *transversalización* es un concepto que exige aprehender la realidad que es materia de estudio a través de su conexión o interrelación con los diversos aspectos o elementos que forman parte de dicha realidad, y permite por ello un conocimiento exhaustivo y a profundidad del hecho o fenómeno que es de interés para el investigador o intérprete. En el campo específico del Derecho Constitucional, la aplicación de este enfoque de la *transversalización* permite comprender las normas y categoría constitucionales a través de su lectura coordinada con conceptos propios de la ciencia política, la filosofía, la historia, etc; lo que constituye un enfoque enriquecedor y omni-abarcante del Derecho Constitucional, que resulta acorde con realidades heterodoxas y multiculturales como la peruana.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿A partir de qué “concepto” de Constitución es que opera el “traspaso” de este orden jurídico a todos los demás órdenes; y cuál es el principio que permite ejercer un control difuso de constitucionalidad?
2. En el marco de la posmodernidad, el horizonte actual permite al juez a declarar una ley, una sentencia o una propia cláusula constitucional “desaplicarla” para preferir otra: ¿qué principio es éste y cuál es el canon que sirve de control para llegar a este extremo?
3. ¿Cuál es el principio en mérito del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios constitucionales?
4. ¿Cuáles son, en líneas generales, las características de la Constitución como norma jurídica?

UNIDAD II

Constitución y Derecho Penal

PRESENTACIÓN

En esta segunda unidad, analizaremos la vinculación entre la Constitución y el Derecho Penal, como manifestación de la transversalización del Derecho Constitucional a las otras ramas o disciplinas del Derecho, lo que a su vez constituye una clara expresión de la también llamada “constitucionalización del ordenamiento jurídico. En tal sentido, veremos que si bien uno de los pilares básicos del Derecho Penal en la actualidad sigue siendo el principio de legalidad (por lo que, en principio, existe una competencia exclusiva y excluyente del legislador para establecer el contenido de los tipos penales y su razonabilidad en abstracto), la transversalización del Derecho Constitucional a esta disciplina ha terminado irradiando ese principio otrora inmutable, en una lectura armónica con los principios y valores que recoge nuestra Constitución. En tal sentido, esta primera unidad versará sobre los principales conceptos del Derecho Penal y cómo éstos han sufrido un cambio en su significado por la influencia de categorías propias del Derecho Constitucional.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuáles son los principios constitucionales penales que recoge la Constitución Política del Perú, y en qué consisten cada uno de ellos?
2. ¿Cuáles son los alcances y límites de la transversalización del Derecho Constitucional y en el campo del Derecho Penal?
3. ¿Cuáles son las exigencias del principio de proporcionalidad de las penas, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional?
4. ¿Cómo debe entenderse la potestad punitiva del Estado en el marco del Estado Constitucional?

CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

Iniciamos aquí una inexorable vinculación del Derecho Constitucional, en este caso como orden jurídico, y que va a “permear” en todo el ordenamiento jurídico, como es en este caso, en la dogmática penal como norma. Así pues, lo que vamos a desarrollar es un breve brochazo panorámico ya no de la literatura jurídica propiamente dicha, sino de su realismo jurídico o del “Derecho Constitucional en movimiento” a través de las partes llamadas *obiter dicta* u argumento de paso, en la cual el Tribunal Constitucional, a partir de sus heterodoxos procesos como los hábeas corpus o proceso de amparo o de inconstitucionalidad, ha desarrollado temas que hoy forman parte de los fundamentos constitucionales del Derecho Penal. Veamos pues acaso un muestrario de algunos fallos relevantes y que podrán apreciarse el hilo conductor del Derecho Constitucional que, como fuente de fuentes de un sistema jurídico “penetra” en este caso en el derecho penal tanto como norma y acaso en su vertiente dogmática o teórica.

1. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y LA CONSTITUCIÓN

La relación existente entre el Derecho Penal y la Constitución no es reciente sino más bien viene asentándose progresivamente desde inicios del constitucionalismo. Ya en el artículo 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se contenían las ideas fundamentales para limitar la acción del Estado cuando éste ejerce su poder punitivo. En efecto, en el referido artículo se establecía que “La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”, aludiéndose claramente a la obligación del Legislador de respetar el principio de proporcionalidad en la determinación de las penas, al postulado de subsidiariedad del Derecho Penal, así como a la exigencia de que sea la “ley” el instrumento jurídico que establezca las penas aplicables a los ciudadanos. Si bien las referidas ideas fundamentales se presentaban inicialmente como fórmulas programáticas y políticas, se han venido repitiendo en las Constituciones y en los Códigos Penales con diversa amplitud y precisión¹⁹⁴.

2. EL DERECHO PENAL EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

En un Estado social y democrático de derecho, el Derecho Penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la

¹⁹⁴ STC 0012-2006-PI, FJ 1.

pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la Norma Fundamental le reconoce a toda persona. Conforme a ello, el Derecho Penal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de culpabilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos o de proporcionalidad, entre otros¹⁹⁵.

3. FINES DE LA PENA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO

[Sobre] los fines de la pena en el Estado democrático y social de derecho [...] este Colegiado ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0019-2005-PI/TC, que “(...) las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general.

Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada. En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en “(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)” (artículo 44º de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2º de la Constitución). Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su quantum específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución)¹⁹⁶.

¹⁹⁵ STC 0012-2006-PI, FJ 9

¹⁹⁶ STC 0012-2006-PI, FJ 10

4. ACTIVIDAD PUNITIVA DEL ESTADO

4.1. Exigencias de orden material y procesal

“En el caso del ordenamiento jurídico peruano, la Constitución de 1993 ha establecido, en lo que se refiere a la **actividad punitiva del Estado**, determinadas exigencias no sólo de orden material, sino también de orden procesal.

Dentro de los primeras, las garantías materiales, destacan nítidamente: a) el principio de legalidad penal (artículo 2º, inciso 24, apartado “d”); b) el principio de culpabilidad, contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho (artículos 3º y 43º), así como en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º) y en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º inciso 1); c) el principio de proporcionalidad (último párrafo del artículo 200º); d) el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139º inciso 9); e) la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139º inciso 11); f) el principio de no ser condenado en ausencia (artículo 139º.12); g) el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139º inciso 8); h) el principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103º); y i) el derecho a que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2º, inciso 24 apartado “e”), entre otras.

Dentro de las segundas, las garantías procesales, destacan: a) los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139º inciso 3); b) la publicidad de los procesos (artículo 139º inciso 4); c) el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139º inciso 5); d) el derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139º inciso 6); e) la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, y que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (artículo 139º inciso 13); f) el derecho fundamental a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (artículo 139º inciso 14); g) el derecho fundamental a que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (artículo 139º inciso 15); entre otras.

Más allá de estas garantías procesales constitucionales antes mencionadas, el Tribunal Constitucional, conforme a sus atribuciones constitucionales, ha identificado otras garantías también de naturaleza procesal, así por ejemplo: a) el derecho a un juez independiente e imparcial; b) el derecho al libre acceso a la jurisdicción⁴; c) el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva⁵; d) el derecho a la prueba⁶; e) el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas⁷; f) el principio *non bis in idem*⁸; g) el principio de igualdad procesal de las partes⁹; h) el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales¹⁰; entre otras garantías.

La existencia de este amplio conjunto de garantías materiales y procesales, que en todos los casos deben ser respetadas por el Legislador, limita el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para determinar los delitos y las penas, así como para regular el proceso. En el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. Tanto el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, sólo pueden ser entendidos hoy en el marco de la Constitución.”¹⁹⁷

4.2. Límites

“[...] [D]entro de los límites que la Constitución establece, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario, entre otros, sino también que la **actividad punitiva del Estado** sirva para la exclusiva protección de bienes constitucionalmente relevantes”¹⁹⁸

5. CONDUCTA ANTIJURÍDICA

“[D]esde una perspectiva constitucional la delimitación de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente,

¹⁹⁷ STC 0012-2006-PI, FJ 4,5

¹⁹⁸ STC 0012-2006-PI, FJ 29

sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.”¹⁹⁹

6. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

6.1. Noción

“[E]l **principio de legalidad**, en sentido general, se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes[...]. [S]upone una subordinación del Ejecutivo al Legislativo[...].”²⁰⁰

“[El principio de legalidad] garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley.”²⁰¹

“El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático. La Constitución lo consagra en su artículo 2º, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: “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” (subrayado nuestro).

Sobre esta base, este Tribunal, en el Expediente N.º 0010-2002-AI/TC, ha establecido que el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones.”²⁰²

6.2. En materia penal

[...] Este Tribunal ha determinado que el **principio de legalidad** exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente

¹⁹⁹ STC 00014-2006-PI, FJ 11

²⁰⁰ STC 02302-2003-AA, FJ 32

²⁰¹ STC 2192-2004, FJ 5

²⁰² STC 2192-2004-PA, FJ 3 y 4

delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*) [...]”²⁰³

“[...] Es importante señalar que el **principio de legalidad penal**, en tanto derecho subjetivo constitucional, es susceptible de protección en esta vía, sin embargo el análisis que debe practicar el juez constitucional no es equiparable al que realiza un juez penal. En efecto, es posición reiterada en anterior jurisprudencia que el Tribunal Constitucional, *prima facie*, no es instancia en la que se determine la responsabilidad penal de una persona, se califique el tipo penal en el que se subsume la conducta del imputado, o se valoren las pruebas aportadas al proceso, pues estos ámbitos son de exclusiva competencia de la jurisdicción penal ordinaria (STC 1014-2007-HC/TC, FJ 3). No obstante, ello no impide que de manera excepcional el juez constitucional se pronuncie sobre dichas materias en aquellos casos en que en el ejercicio de una atribución exclusiva se vulnera o amenaza derechos reconocidos por la Constitución.

En suma, si bien resulta plenamente legítimo que el juez constitucional ingrese a evaluar las presuntas afectaciones al debido proceso constitucional, no ocurre lo mismo con las presuntas afectaciones al debido proceso legal.

Resulta por tanto constitucionalmente legítimo efectuar un control de constitucionalidad sobre resoluciones judiciales, por infracción del principio de legalidad penal, siempre que:

al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el Juez penal se aparte del tenor literal del precepto, o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. En consecuencia, en la justicia ordinaria se establece la culpabilidad o inocencia del imputado, determinando en el caso si se da el supuesto de hecho previsto en la norma y sobre la base de consideraciones de orden penal, de acuerdo con la alternativa que ofrezca la dogmática penal que se estime la más adecuada. En la justicia constitucional, en cambio, se determina si la resolución judicial cuestionada afecta los derechos constitucionales. (STC 8886-2006-HC/TC, FJ 8).”²⁰⁴

²⁰³ STC 04053-2007-PHC, FJ 6 y 7

²⁰⁴ STC 01568-2007-PHC, FJ 4 y 5

7. PRINCIPIO DE NE BIS IN IDEM

7.1. Noción

“[...] [E]l **ne bis in ídem** es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, el cual impide –en su formulación material- que una persona sea sancionada o castigada dos o más veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento [...]”²⁰⁵

“[...] [E]l **ne bis in ídem** es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, el cual impide -en su formulación material-, que una persona sea sancionada o castigada dos veces por una misma infracción cuando exista la identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta que “nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos”, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos, así como el inicio de un nuevo proceso cuando concorra la referida triple identidad entre ambos procesos [...]”²⁰⁶

7.2. Vertiente procesal

“[...] [E]n [la] [...] vertiente procesal [...] tal principio comporta que *nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos*, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos, así como el inicio de un nuevo proceso cuando concorra la referida triple identidad entre ambos procesos [...]”²⁰⁷

7.3. Exigencia de la validez jurídica

“[...] [E]l Tribunal Constitucional ha desarrollado el concepto del **ne bis in ídem**, precisando que en aquellos casos en los que el primer proceso seguido contra el procesado fue declarado nulo, no existiría tal vulneración del derecho. En efecto, dado que la exigencia primaria y básica de la dimensión procesal del *ne bis in ídem* es impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más de una vez, este Tribunal considera que tal arbitrariedad no se genera en aquellos casos en los que la instauración y la realización de un

²⁰⁵ STC 000916-2009-HC, FJ 3

²⁰⁶ STC 03065-2010-PHC, FJ 3

²⁰⁷ STC 000916-2009-HC, FJ. 3

proceso penal se efectúan como consecuencia de haberse declarado la nulidad del primer proceso, tras constatarse que este último se realizó por una autoridad jurisdiccional que carecía de competencia *ratione materiae* para juzgar un delito determinado. Y es que la garantía al interés constitucionalmente protegido por este derecho no opera por el solo hecho de que se le oponga la existencia fáctica de un primer proceso, sino que es preciso que este sea jurídicamente válido [...]”²⁰⁸

7.4. Derecho implícito

“[...] [E]l **principio ne bis in ídem** no se encuentra textualmente reconocido en la Constitución como un derecho fundamental de orden procesal, al desprenderse del derecho reconocido en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución (cosa juzgada), se trata de un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso [...]”²⁰⁹

7.5. Vinculación con los principios de legalidad y proporcionalidad

Conforme lo ha señalado este Tribunal, el principio del *ne bis in ídem* sustantivo tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución, garantiza a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.”²¹⁰

7.6. Finalidad constitucional de evitar la desproporción sobre la aplicación de una sanción a una infracción

“[...] [E]l *ne bis in ídem* material, como expresión de la interdicción de la doble sanción, persigue evitar la desproporción que devendría de aplicar más de una sanción a una infracción, toda vez que ello significaría aplicar una sanción que sobrepase la responsabilidad por el hecho. Dicha desproporción se daría a través de la infracción del *ne bis in ídem* en los casos en los que el poder punitivo estatal se manifieste sobre una misma infracción más de una

²⁰⁸ STC 000916-2009-HC, FJ. 3 y 4

²⁰⁹ STC 10275-2006-PHC, FJ 2-4

²¹⁰ STC 0003-2005-PI, FJ 252

vez. *Contrario sensu*, es factible afirmar que la previsión legal de una pena compuesta, es decir que prevea la afectación del sujeto sancionado en más de un bien jurídico, no contravendría la interdicción del *bis in ídem* siempre que la misma corresponda a una sola manifestación del poder punitivo estatal²¹¹.

7.7. Configuración y determinación legal de la pena

“[...] [E]l Tribunal considera que no es posible confundir la interdicción de *bis in ídem*, como impedimento de doble sanción cuando concorra la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, con la libertad que tiene el legislador para configurar la pena conminada en la ley penal. Debe tomarse en cuenta, además, el hecho de que la pena compuesta a la que recurre el legislador para algunos delitos constituye una única manifestación del poder punitivo estatal, sin configurar un *bis in ídem*. Como lo ha señalado este Tribunal [STC 010-2002-AI/TC], en la determinación legal de la pena el legislador goza, dentro de los límites fijados por la Constitución, de un amplio margen de libertad, atendiendo a los fines de la pena, así como a los bienes que se pretende proteger con la persecución penal de determinadas conductas”²¹².

8. PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA REFORMATIO IN PEIUS

8.1. Noción

“[...] [L]a interdicción de la *reformatio in peius* o ‘reforma peyorativa de la pena’ es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional, la cual se relaciona con los derechos de defensa y de interponer recursos impugnatorios. De acuerdo con dicha garantía, el órgano jurisdiccional que conoce de un proceso en segunda instancia no puede empeorar la situación del recurrente en caso de que solo este hubiese recurrido la resolución emitida en primera instancia.”²¹³

8.2. Finalidad

“[...] [E]l *principio reformatio in peius*, [...] tiene por finalidad evitar que la modificación de una sentencia condenatoria que solo haya sido impugnada por el sentenciado resulte peor [...]”²¹⁴.

²¹¹ STC 0003-2005-PI, FJ 255

²¹² STC 0003-2005-PI, FJ 255

²¹³ STC 00553-2005-PHC, FJ 3

²¹⁴ RTC 2268-2002-HC, FJ 11

9. PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN / TEORÍAS CONSTITUCIONALES DE LA PENA

9.1. Teoría de la retribución absoluta

[...] [D]e acuerdo con la *teoría de la retribución absoluta*, la **pena** no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda su virtualidad en la generación de un mal al delincuente; de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: “ojo por ojo, diente por diente”. Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de nuestra Constitución, conforme al cual “[l]a defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”²¹⁵

9.2. Teoría de la prevención especial

“[...] [L]a *teoría de la prevención especial* –también denominada teoría de la retribución relativa– centra la finalidad de la **pena** en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser **resocializados**. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la **rehabilitación**, **reeducación** y posterior **reinserción** del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el artículo 139º inciso 22 de la Constitución, cuando señala que “[s]on principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) [e]l principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”²¹⁶

²¹⁵ STC 0014-2006-PI, FJ 6

²¹⁶ STC 0014-2006-PI, FJ 7

9.3. Teoría de la prevención general

“[...] [L]a *teoría de la prevención general* circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la **pena** tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal. Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio”²¹⁷

9.4. Teorías de la unión

“[...] [L]as teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la **pena** que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio [...]”²¹⁸

10. DOGMÁTICA PENAL

10.1. Influencia de la constitución

“[...] [L]as cuestiones jurídicas fundamentales de la **dogmática penal** está abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, se encuentra, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y en relación directa con la política criminal. De ahí que, en último término, las bases del derecho penal y de todas las demás ramas del Derecho, en general, no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático”²¹⁹

²¹⁷ STC 0014-2006-PI, FJ 8

²¹⁸ STC 00019-2005-PI, FJ 33

²¹⁹ STC 0014-2006-PI, FJ 2

10.2. Influencia del derecho constitucional a través del Tribunal Constitucional

“La influencia del derecho constitucional sobre la dogmática penal se concretiza en la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, porque el Tribunal no se limita a analizar y aplicar, sin más, las instituciones “propias” del derecho penal y desde el derecho penal, sino que también determina el contenido, a través de su interpretación y sus sentencias, de las instituciones penales, haciéndolas conformes, de manera concreta o abstracta, con la Constitución. Es a través de la interpretación y la argumentación constitucionales que el Tribunal contribuye a superar las limitaciones de la dogmática penal”²²⁰

11. PENA

11.1. Pena

“[...]no sólo la función preventivo especial de la pena tiene fundamento constitucional (artículo 139, inciso 22 de la Constitución), sino también sus funciones preventivo generales, las que derivan del deber estatal de “(...)proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia(...)” (artículo 44° de la Constitución) y el derecho fundamental a la seguridad personal (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución) en su dimensión objetiva.[...] En consecuencia, las penas, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica en favor del bienestar general”²²¹.

11.2. Inconstitucionalidad de las medidas de persecución penal por no preservar los fines de la pena

[...]una medida dictada en el marco de la persecución penal estatal será inconstitucional no sólo si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas, sino también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho[...]²²²

11.3. Suspensión de la pena

“Al respecto, conforme lo reconoció este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N.º 3953-2004-HC/TC, el fin del instituto jurídico de la suspensión de la pena

²²⁰ STC 0014-2006-PI, FJ 3

²²¹ STC 4053-2004-PHC, FJ 15

²²² STC 4053-2004-PHC, FJ 18

es evitar la aplicación de las penas privativas de libertad de corta duración, a fin de salvaguardar los fines de resocialización consagrados en el artículo 139.º, inciso 22), de la Constitución, correspondiendo aplicar penas menos traumáticas. En ese sentido, “la suspensión de la ejecución de la pena es una institución acorde con la Constitución, y la imposición ineludible de reglas de conducta, que lleva aparejada, es la correspondencia necesaria para la plena operancia de dicha institución, con los efectos legales que las normas penales prevén”.

Por tanto, resulta importante señalar que el instituto jurídico de la suspensión de la pena, regulado en los artículos 57.º y siguientes del Código Penal peruano, tiene por fin suspender la condena y, eventualmente, tener por no pronunciada la sentencia condenatoria. En este último caso, se requiere la concurrencia de los dos requisitos establecidos en el artículo 61.º del código sustantivo; esto es, que el condenado no cometa nuevo delito doloso, ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia.”²²³

11.4. Teoría de la retribución absoluta

“[...] [D]e acuerdo con la *teoría de la retribución absoluta*, la **pena** no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda su virtualidad en la generación de un mal al delincuente; de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: “ojo por ojo, diente por diente”. Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de nuestra Constitución, conforme al cual “[l]a defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”²²⁴

11.5. Teoría de la prevención especial

“[...] [L]a *teoría de la prevención especial* –también denominada teoría de la retribución relativa– centra la finalidad de la **pena** en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el artículo 139º inciso 22 de la Constitución, cuando señala que

²²³ STC 05303-2006-PHC, FJ 2 y 3

²²⁴ STC 0014-2006-PI, FJ 6

“[s]on principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) [e]l principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”²²⁵

11.6. Teoría de la prevención general

“[...] [L]a *teoría de la prevención general* circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la **pena** tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal. Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio”²²⁶.

11.7. Teorías de la unión

“[...] [L]as teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la **pena** que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio [...]”²²⁷

11.8. Diferencia con la reprobación

“[...] La reprobación es una valoración de la conducta que se hace de modo aislado, mientras que la **pena** es un acto estatal sancionatorio”²²⁸.

11.9. Revocación de la conversión

“Conforme al artículo 53 del Código Penal, ante el incumplimiento injustificado del pago de la multa o la prestación del servicio asignado a la jornada de limitación de días libres, la conversión será revocada, previo apercibimiento judicial, debiendo ejecutarse la pena privativa de libertad fijada en la sentencia”²²⁹.

²²⁵ STC 0014-2006-PI, FJ 7

²²⁶ STC 0014-2006-PI, FJ 8

²²⁷ STC 00019-2005-PI, FJ 33

²²⁸ STC 0014-2006-PI, FJ 27

²²⁹ STC 000265-2011-PHC, FJ 3

11.10. Garantía de la libertad y la convivencia armónica

“Es así que este colegiado en anteriores oportunidades ha destacado la relevancia constitucional de las funciones preventivo generales de la pena, las que derivan del deber estatal de “(...)proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia(...)” (artículo 44° de la Constitución) y el derecho fundamental a la seguridad personal (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución) en su dimensión objetiva [...]. En consecuencia, las **penas**, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica en favor del bienestar general”²³⁰

11.11. Adopción de medidas para la preservación de fines que cumple la pena

“[...] [P]odemos afirmar que una medida dictada en el marco de la persecución penal estatal será inconstitucional no sólo si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas, sino también lo será si no preserva los fines que cumple la **pena** dentro de un Estado social y democrático de derecho [...]”²³¹

11.12. Razonable margen de discrecionalidad que goza el Legislador

“[...] [E]l poder del Legislador para configurar tipos penales no es absoluto sino que debe respetar el marco constitucional. Por ello es que este Tribunal ha señalado que el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, goza de un razonable margen de discrecionalidad pero se encuentra vinculado por los principios y valores de la Constitución, lo que posibilita el control constitucional”²³²

11.13. Clases

“En nuestro ordenamiento jurídico, las penas pueden ser de distintas clases: privativas de la libertad (entre ellas la de cadena perpetua), restrictivas de la libertad (expatriación y expulsión), limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación) y la pena de multa. [...]”²³³

²³⁰ STC 00017-2011-PI, FJ 6

²³¹ STC 00017-2011-PI, FJ 7

²³² STC 00017-2011-PI, FJ 7

²³³ STC 0003-2005-PI, FJ 13

11.14. Vulneración del *ne bis in ídem*

“[...] [E]ste Tribunal debe señalar lo siguiente. A fin de determinar si la previsión de tres clases de penas resulta vulneratoria del *ne bis in ídem* (principio informador del *ius puniendi* que proscribe la imposición de más de una sanción cuando concurra la triple identidad de sujeto hecho y fundamento), es útil establecer un concepto de sanción, así como un concepto de pena (conceptos entre los que hay una relación de género a especie). Así lo ha entendido este Tribunal, para el cual la sanción, por su propia naturaleza, comprende

(...) la afectación de un derecho o interés derivado de la comisión de una conducta disvaliosa para el ordenamiento jurídico.

En tanto que la pena,

(...) consiste en una privación de bienes jurídicos prevista en la ley que se impone por los órganos jurisdiccionales competentes al responsable de un hecho delictivo”²³⁴

11.15. Noción de pena abstracta

La pena prevista por el legislador en la ley para cada delito se denomina pena abstracta o pena conminada, la cual puede presentarse bajo diversas modalidades. Una de ellas es la pena compuesta:

La pena abstracta (...) viene establecida expresamente en el precepto legal de la Parte Especial del Código penal. Esta pena abstracta puede presentar diversas modalidades (...) Llamaremos penas *cumulativas* a aquéllas que están constituidas por la acumulación de dos a más penas de distinta naturaleza que deberán aplicarse conjuntamente. En este caso no puede hablarse un una pluralidad de penas sino (...) lo que existe realmente es una pena compuesta”²³⁵

12. POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO

12.1. Intervención de la justicia constitucional en la restricción de derechos fundamentales

“[...] [E]n la medida que la intervención penal supone una restricción de derechos fundamentales (vgr. libertad personal), ello autoriza la intervención de

²³⁴ STC 0003-2005-PI, FJ 248

²³⁵ STC 0003-2005-PI, FJ 249

la justicia constitucional a efectos de evaluar la restricción de derechos. De este modo, existen una serie de principios limitadores de la **potestad punitiva estatal**. De otro lado, cabe señalar que no sólo gozan de cobertura constitucional los derechos fundamentales y los principios limitadores de la potestad punitiva sino también aquello que el legislador pretende proteger a través del Derecho penal”²³⁶

²³⁶ STC 00017-2011-PI, FJ 5



RESUMEN

En esta unidad, se han abordado categorías claves que demuestran la transversalización del Derecho Constitucional en el campo penal, a través de categorías tales como los fines de la pena, los principios constitucionales penales, los límites a la actividad punitiva del Estado, y los derechos fundamentales de la persona en el marco de los procesos penales. La revisión de estos tópicos, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, permiten concluir que la constitucionalización del Derecho Penal exige tener al ser humano como centro y justificación última de la sociedad y del Estado, y por tanto, como límite de la persecución del delito en el Estado Constitucional.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cuáles son las principales teorías constitucionales sobre la finalidad de la pena en el Estado Constitucional?
2. ¿Cuáles son los límites de la actividad punitiva en el Estado Constitucional de Derecho?
3. Explique y desarrolle las principales características del principio de legalidad penal
4. En su concepto, ¿cuál es el sustento o fundamento del principio constitucional *ne bis in ídem*?

UNIDAD III

Constitución y Derecho Procesal Penal

PRESENTACIÓN

Uno de los ámbitos de mayor fricción entre el Derecho Constitucional y el campo penal, se da a propósito de la aplicación de los conceptos y categorías propios del Derecho Procesal Penal, rama del derecho ésta que establece los procedimientos y estándares que deben cumplirse cuando el Estado busca “destruir” la presunción de inocencia del imputado o incidir en su derecho a la libertad personal, a través de las distintas medidas coercitivas que establece nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, en esta unidad, revisaremos los principales conceptos del Derecho Procesal Penal a la luz de la irradiación que, también en este campo, ostenta el Derecho Constitucional a través del valor de la dignidad de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuál es la finalidad del Derecho Procesal Penal en el Estado Constitucional de Derecho, y qué exigencias le impone dicha finalidad?
2. ¿Cuál debe ser el margen de actuación del juez constitucional al analizar la constitucionalidad de una restricción a la libertad personal a través de las normas del Derecho Procesal Penal?
3. ¿Cuáles son los elementos que permiten avanzar hacia la “humanización” del Derecho Procesal Penal?
4. ¿Cuál es la importancia de la influencia del Derecho Constitucional sobre el Derecho Procesal Penal?

Constitución y Derecho Procesal Penal

Igualmente, no cabe duda que el Derecho Constitucional va a influir tanto en la legislación procesal penal, como su propio estudio teórico, dado que esta vertiente normativa va a estar cartabonada o respaldada por sendos principios garantistas que van a regir lo que hoy son las banderas que en términos copulativos vertebran el debido proceso y la tutela judicial. Y, en este contexto, básicamente son tres los grandes contenidos del Derecho Procesal en la Constitución, a saber: la jurisdicción (el Poder Judicial), la acción (o derecho a la tutela judicial efectiva) y el proceso (o instrumento único para el ejercicio de la potestad jurisdiccional)²³⁷. Lo que, a continuación, sigue, siguiendo la lógica de este trabajo, es una visión panorámica por cierto, de algunos fallos que constituyen los grandes lineamientos de los fundamentos constitucionales que articulan el Derecho Procesal Penal y cuya perspectiva transversal debe ser tenido en cuenta por los operadores del sistema jurídico, sobre todo en este caso, de los jueces y fiscales penales, tanto como los procuradores y abogados defensores. Veamos.

1. AUTO DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN

1.1. Alcances de su dictado

“[...] [Q]ue el juez dicte el auto de apertura de instrucción no significa que emita una declaración anticipada de responsabilidad penal del procesado. Con dicho acto procesal sólo se abre el proceso penal, en cuyo seno se determinará finalmente si el encausado es o no responsable del delito por el que se le juzga, previo desarrollo del proceso conforme a las reglas del derecho al debido proceso penal [...]”²³⁸

1.2. El auto apertura de instrucción y su debida motivación

“[...] [L]a debida motivación respecto al auto de apertura de instrucción, señalando que aquél que no permita al imputado conocer de manera cierta los cargos que se le imputan resulta vulneratorio del derecho de defensa (Exp. N.º 8125-2005-PHC/TC). Ello se deduce del artículo 77º del Código de Procedimientos Penales, el que establece como requisitos para el dictado del auto de apertura de instrucción que de los actuados aparezcan indicios

²³⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José: *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 32 y ss.

²³⁸ STC 0010-2002-AI, FJ 135

suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se haya individualizado a los inculpados, y que la acción penal no haya prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. Del mismo modo, constituye una exigencia derivada del derecho de defensa, elemento del debido proceso reconocido expresamente en el artículo 139, inciso 14.º de la Constitución, el conocer de forma clara los hechos que se imputan. Por tanto, no basta la plena individualización de los autores o partícipes”²³⁹

2. DERECHO A LA LIBERTAD PROCESAL

2.1. Noción

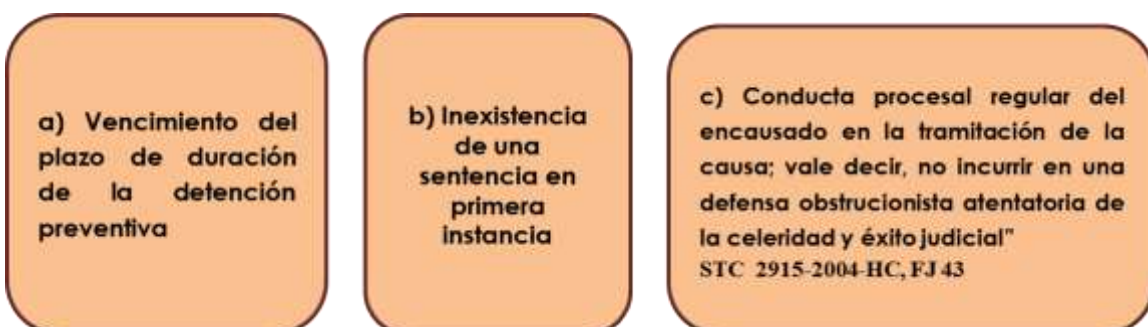
“La **libertad procesal es un derecho** del encausado a obtener la aplicación de una medida cautelar menos gravosa que la detención preventiva, cuando al vencimiento del plazo legal establecido en el artículo 137º del Código Procesal Penal, este no hubiere ejercido una defensa obstruccionista afectante del principio de celeridad judicial y, pese a ello, no se le haya dictado sentencia en primera instancia [...]”²⁴⁰

2.2. Negligencia jurisdiccional

“[...] La **libertad procesal** supone [...] la previa existencia de una negligencia jurisdiccional, al haberse negado o no haberse podido juzgar al encausado dentro del plazo legal establecido [...]”²⁴¹

2.3. Presupuestos que configuración de la libertad procesal

“[...] [L]os presupuestos materiales que configurarían la **libertad procesal** serían los siguientes:



²³⁹ STC 02022-2008-PHC/TC, FJ 21

²⁴⁰ STC 02915-2004-HC, FJ 43

²⁴¹ STC 02915-2004-HC, FJ 43

²⁴² STC 2915-2004-HC, FJ 43

3. DERECHO A LA PRUEBA

3.1. Noción

“[...] [El] **derecho constitucional a probar**, aunque no [es un derecho] autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa[...]"²⁴³

3.2. Importancia

“[...] [La] importancia [del **derecho a la prueba**] radica en la capacidad de toda parte o tercero legitimado en un proceso para producir la prueba necesaria que pueda formar la convicción del juzgador sobre la existencia o la inexistencia de los hechos que son o serán objeto de probanza. Así, en su contenido se incluye la posibilidad de su ofrecimiento, su admisión, su actuación, su producción, su conservación y su valoración. [...]"²⁴⁴

3.3. Límites

“Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión.

En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho.”²⁴⁵

²⁴³ STC 6712-2005-HC, FJ 15

²⁴⁴ STC 6712-2005-PHC, FJ 22

²⁴⁵ STC 00010-2002-PI, FJ 149

“[...] [E]l derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconoce, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor”²⁴⁶

3.4. Dimensión subjetiva

“[...] [E]l **derecho a la prueba** lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho fundamental de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa”²⁴⁷

3.5. Dimensión objetiva

“[...] [E]l doble carácter de los derechos fundamentales en general y del **derecho a la prueba** en particular, éste, en su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia. En la medida en que el objetivo principal del proceso penal es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben motivar razonada y objetivamente el valor jurídico probatorio en la sentencia. Esto es así por cuanto el proceso penal no sólo constituye un instrumento que debe garantizar los derechos fundamentales de los procesados, sino también debe hacer efectiva la responsabilidad jurídico-penal de las personas que sean halladas culpables dentro de un proceso penal”²⁴⁸

3.6. Características

“la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: (1) Veracidad objetiva, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, prima facie, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez,

²⁴⁶ STC 6715-2005-PHC, FJ 14

²⁴⁷ STC 01014-2007-PHC, FJ 10

²⁴⁸ STC 1014-2007-PHC, FJ 11

finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues éste se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación; (2) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba; (3) Utilidad de la prueba, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto; (4) Pertinencia de la prueba, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada”²⁴⁹

3.7. Derecho a producir la prueba

“Existe un **derecho constitucional a probar**, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa [...]”²⁵⁰

3.8. Componente elemental del derecho a la tutela procesal efectiva

El **derecho a probar** es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, [...] constituye un elemento implícito de tal derecho. [...] [E]s necesario que su protección sea realizada a través del presente proceso constitucional [...]”²⁵¹

3.9. Como garantía del ejercicio de la tutela procesal efectiva

“[...] [U]na de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el

²⁴⁹ STC 01014-2007-PHC, FJ 12

²⁵⁰ STC 6712-2005-PHC, FJ 15

²⁵¹ STC 6712-2005-HC, FJ 13

juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Sólo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio”²⁵²

3.10. Composición

“[...] [El derecho a la prueba] [...] trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia [...]”²⁵³

3.11. Protección constitucional a través de los procesos de la libertad

“[...] [El derecho a la prueba desde el punto de vista constitucional [...] considera pertinente señalar que no todos los supuestos de su contenido merecen protección a través de un proceso constitucional de la libertad (amparo o hábeas corpus). Tal como lo establece el artículo 200° de la Constitución, estos tipos de procesos han sido establecidos para proteger derechos de rango constitucional. Los derechos que tengan su sustento en normas de rango legal o inferior no podrán ser acogidos mediante estos procesos; el artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional señala, *contrario sensu*, que solamente serán amparables en sede constitucional aquellas pretensiones que estén referidas en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado [...]”²⁵⁴

3.12. Doble exigencia

“[...] [El derecho a la prueba supone que una vez admitidos los medios de prueba, sean estas actuados y valorados de manera adecuada y con la motivación debida. De esto último se deriva una doble exigencia para el juez: en *primer lugar*, la exigencia del juez de no omitir la actuación de aquellas

²⁵² STC 6715-2005-PHC, FJ 13

²⁵³ STC 6712-2005-HC, FJ 15

²⁵⁴ STC 6712-2005-HC, FJ 15

pruebas que han sido admitidas; y, en *segundo lugar*, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables”²⁵⁵

3.13. El derecho a interrogar como derecho esencial

“[...] [E]l derecho a interrogar testigos constituye un elemento esencial del derecho a la prueba, el mismo que es contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución. Se trata de un derecho que goza de reconocimiento explícito en instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 3.e) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2.f) [...]”²⁵⁶

4. CONVERSIÓN PROCESAL

4.1. Noción

[L]a **conversión procesal** [es] un instituto jurídico de suma utilidad a l[a](...) concretización de los fines de los procesos constitucionales, este Tribunal considera conveniente establecerle aquí un conjunto de principios y límites que sirvan como parámetro a los jueces constitucionales, sea cual fuere su instancia, a fin de evitar posibles desbordes en su aplicación²⁵⁷.

4.2. Reglas

“[...] [P]ara **convertir un proceso constitucional** de *hábeas corpus* en uno de *amparo*, habrá que tener presente las siguientes reglas:

“Primero: No es obligatorio para los jueces constitucionales de primera instancia, mas sí para los de segunda y última instancia, lo cual no significa que ante la observancia de afectación de un derecho fundamental distinto a la libertad personal los a-quo puedan admitir a trámite la demanda entendiéndola como amparo; sin embargo esta facultad de los jueces constitucionales de primera instancia se convierte en un mandato obligatorio para los jueces constitucionales tanto de segunda como última instancia.

²⁵⁵ STC 03562-2009-PHC, FJ 2

²⁵⁶ STC 06020-2008-PHC, FJ 6

²⁵⁷ STC 5761-2009-PHC, FJ 26

Segundo: Se deberá observar que el plazo de caducidad de la demanda no haya vencido, pues de lo contrario estaríamos alentando la posibilidad de que una persona a la que, por imprudencia o desidia, se le venció el plazo para interponer un proceso constitucional de amparo se sirva del hábeas corpus para ingresar su pretensión y esta sea objeto de tutela.

Tercero: Se deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante, máxime si tenemos en cuenta que la legitimidad para obrar en ambos procesos son sustancialmente distintos, pues mientras en el hábeas corpus la legitimación es flexible, es decir, puede ser interpuesto, además del directamente afectado, por cualquier persona en su representación, sin necesidad de contar con poder para tal efecto; en cambio en el amparo la demanda sólo puede ser interpuesta por el directamente afectado o por otra persona en su representación con poder para ejercer dicha potestad. Esta regla puede ser relativizada en tanto y en cuanto haya, sido posible la toma de dicho del propio beneficiario y este muestre su conformidad con la instauración del proceso constitucional.

Cuarto: En ningún caso se podrá variar ni el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda, pues lo contrario supondría que el juez sustituya a la parte accionante dentro del proceso lo cual no se condice con la naturaleza imparcial que han de tener los juzgadores, además al modificar los hechos el juez estaría “pervirtiendo” la realidad o, si se quiere, creando una realidad ajena a la planteada por las partes, lo que si le estaría absolutamente vedado. Del mismo modo el juez constitucional no podrá variar el petitum o petitorio, porque de lo contrario se estaría violando el principio de congruencia procesal. Pero ello no significa, como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional, que “...En el caso de los procesos constitucionales de control de actos u omisiones, también denominados procesos constitucionales de la libertad, dicho petitum, más allá de las particularidades de cada caso, siempre deberá consistir en que se constate la afectación del contenido constitucionalmente protegido de determinado derecho fundamental...” (RTC 3509-2009-PHC/TC, Fj. 4), en otras palabras dependerá siempre del juez constitucional el determinar, a partir de los hechos incorporados por el demandante, el derecho que corresponde ser tutelado, con lo que cobra vigencia el aforismo romano “Da mihi factum, dado tibi ius” que significa “Dame los hechos que yo te doy el derecho”.

Quinto: Ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho, la conversión será posible en la medida en que esté orientada a evitar la ocurrencia de un daño irreparable en el derecho alegado por la parte demandante.

Sexto: Se deberá preservar el derecho de defensa del demandado. Al aplicar este requisito el Juez Constitucional habrá de ser muy escrupuloso en verificar si el demandado ejerció de modo sustancial su derecho de defensa, pues este Colegiado considera que en ningún caso se puede habilitar la tutela de un derecho fundamental si es que se está dejando desprotegido a otro de la misma clase”²⁵⁸

5. DERECHO AL PLAZO RAZONABLE

5.1. Noción

“El derecho de que la prisión preventiva no exceda de un **plazo razonable**, si bien no encuentra reflejo constitucional en nuestra Lex Superior, se trata de un derecho, propiamente de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2, 24) de la Constitución) y, por ello, se funda en el respeto a la dignidad de la persona”²⁵⁹

5.2. Protección constitucional

“La interpretación que permite (...) la existencia implícita del referido derecho que la prisión preventiva no exceda de un **plazo razonable** en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú”²⁶⁰

5.3. Contenido

“El contenido del **derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable** se expresa en el adecuado equilibrio entre los dos valores que se encuentran en contrapeso al momento de aplicar la medida por una parte, el deber del Estado de garantizar sentencias penales justas, prontas y plenamente ejecutables; y, por otra, el derecho de toda persona a la libertad personal (artículo 2º 24) y a que se presuma su inocencia, mientras no se declare judicialmente su culpabilidad (artículo 2º 24.e)”²⁶¹

²⁵⁸ STC 5761-2009-PHC, FJ 26 y 27

²⁵⁹ STC 03771-2004-HC, FJ 8

²⁶⁰ STC 3771-2004-PHC, FJ 9

²⁶¹ STC 2915-2004-HC, FJ 11

5.4. Reconocimiento del sistema internacional de derechos humanos

“[...] [E]l derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido”²⁶²

5.5. Respeto de principios

“[...] [S]e trata de un derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe guardar la aplicación de la prisión provisional para ser reconocida como constitucional”

5.6. Manifestación implícita de la libertad personal

“[...] [El derecho al plazo razonable es] una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2º 24 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana”²⁶³

5.7. Plazo razonable de duración

“[...] La duración desproporcionada de dicha medida [de detención preventiva] desvirtúa la funcionalidad del principio [de presunción de inocencia] en el seno del proceso, generando la mutación de una medida cautelar en una sanción que, a diferencia de la pena impuesta por una resolución judicial condenatoria, agota su propósito en el abatimiento del individuo, quien deja de ser “sujeto” del proceso, para convertirse en “objeto” del mismo”²⁶⁴

5.8. Cumplimiento de los fines del plazo

“[...] [A]unque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendidas las circunstancias del caso, excede de lo razonable. Su duración debe ser tan solo la que se considere indispensable

²⁶² STC 2915-2004-HC, FJ 6

²⁶³ STC 02915-2004-PHC, FJ 5

²⁶⁴ STC 02915-2004-HC, FJ 12

para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva por lo tanto, si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato”²⁶⁵

5.9. Plazo razonable variable

“Como resulta evidente, no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito.

[...] [P]ara determinar si dicha razonabilidad ha sido rebasada, es preciso atenerse a las específicas circunstancias de cada caso concreto”²⁶⁶

5.10. Establecimiento de criterios y pautas

“[...] [L]a imposibilidad de establecer un plazo único e inequívoco para evaluar la razonabilidad o irrazonabilidad de la duración de la prisión preventiva, no impide el establecimiento de criterios o pautas que, aplicadas a cada situación específica, permitan al juez constitucional determinar la afectación del derecho constitucional a no ser privado de la libertad preventivamente más allá del tiempo razonablemente necesario [...]”²⁶⁷

5.11. Plazo máximo en procesos nulos

“[...] [E]l plazo máximo de detención (36 meses) previsto para procesos declarados nulos que se hubiesen seguido en fueros diferentes, cuyo cómputo se inicia desde la fecha en que se dictó el nuevo auto de detención, se encuentra dentro de los límites legales para considerar una detención preventiva constitucionalmente válida [...]”²⁶⁸

5.12. Circunstancias de apreciación

“[...] [P]ara determinar el carácter **razonable** de la duración de un proceso se debe apreciar las circunstancias de cada caso en concreto y teniendo en

²⁶⁵ STC 3771-2004-PHC, FJ 18

²⁶⁶ STC 02915-2004-HC, FJ 14 y 16

²⁶⁷ STC 2915-2004-PHC, FJ 17

²⁶⁸ STC 1979-2005-PHC, FJ 17

cuenta: a) la complejidad del asunto; b) el comportamiento del recurrente; c) la forma en que el asunto ha sido llevado por las autoridades administrativas (es decir, lo que ordinariamente se demora en resolver determinado tipo de procesos); y d) las consecuencias que la demora produce en las partes²⁶⁹

5.13. Transgresión de las previsiones jurídicas

“[...] [E]l hecho de que no se decrete la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención, obligándole, por contrario, a que permanezca detenido ad infinitum, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal, solo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente [...]”²⁷⁰

5.14. El derecho al plazo razonable de la detención preventiva es un derecho implícito de la libertad personal

“El derecho a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe guardar la aplicación de la prisión provisional para ser reconocida como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2º24 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana.

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

Al respecto, debe señalarse que existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9º3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “[t]oda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”.

²⁶⁹ STC 02589-2007-AA, FJ 6

²⁷⁰ STC 03771-2004-HC, FJ 26

Por su parte, el artículo 7º5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce el derecho de “[t]oda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”.

En consecuencia, el derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido”²⁷¹.

5.15. Supuestos de afectación del derecho a las dilataciones indebidas

“[...]“(...) no toda dilación indebida en su acepción procesal, toda pereza en adoptar una resolución judicial, toda infracción de los plazos procesales, es capaz de convertirse en la noción de dilación indebida que integra el contenido de este derecho fundamental.”[...]”²⁷²

5.16. Plazo razonable y presunción de inocencia

“[...]Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa”. (Informe N.º 12/96, párrafo 84).

Por ello, su dictado presupone que el juez penal haya evaluado y –a la luz de las particulares circunstancias de cada caso–, descartado, la posibilidad de dictar una medida menos restrictiva de la libertad personal. Sin embargo, aun en esas circunstancias, resulta inconstitucional que la medida de detención exceda de un plazo razonable.”²⁷³

5.17. Complejidad del asunto. Elementos

“Para valorar la complejidad del asunto es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculcados, o algún otro elemento que permita

²⁷¹ STC 02915-2004-PA/TC, FJ 5-6

²⁷² STC 03778-2004-AA/TC, FJ 21

²⁷³ RTC 02915-2004-PHC/TC, FJ 9-10

concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil”²⁷⁴

5.18. Actividad procesal del interesado

“ En lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del detenido a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada “defensa obstruccionista” (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional).

En consecuencia, “(...) la demora sólo puede ser imputable al acusado si éste ha abusado de su derecho a utilizar los resortes procesales disponibles, con la intención de atrasar el procedimiento” (Informe N.º 64/99, Caso 11.778, Ruth Del Rosario Garcés Valladares. Ecuador, 13 de abril de 1999, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, Caso Wemhoff, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párrafo 2; y Caso Neumeister, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párrafo 2).

Entre las conductas que deben ser merituadas como intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, se encuentran la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, están condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones. Es pertinente tener presente que “[s]i bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculcado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso”²⁷⁵

“Sin perjuicio de lo expuesto, conviene destacar que, en principio, no podría generar perjuicios para el procesado la repetida presentación de recursos que tengan por objeto la reevaluación de la pertinencia y suficiencia de las razones que, *prima facie*, legitimaron el dictado del mandato de detención en su

²⁷⁴ STC 02915-2004-PHC/TC, FJ 25

²⁷⁵ STC 07624-2005-PHC/TC, FJ 16-18

contra. Y es que dicha evaluación constante constituye un deber del juez penal, aun en circunstancias en las que no medie una solicitud de parte, de manera tal que, desde el mismo instante en que se desvanece la pertinencia de los motivos que sirvieron de fundamento para el dictado de la medida, ésta debe ser revocada.

En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del imputado”²⁷⁶

“Por otra parte, “[l]as recusaciones constituyen una hipótesis corriente y que suele demorar el curso de un proceso. Aun cuando tales situaciones no justifiquen retardos irrazonables, sí cabe descartar la defensa [del encausado] basada en que, durante su resolución, es posible que intervenga otro juez: pues aunque esto fuese teóricamente posible, lo cierto es que difícilmente puede pedírsele a otro magistrado que prosiga inmediatamente con la instrucción, sobre todo si ésta es prolongada y compleja, pues la sola ‘puesta en autos’ de aquél puede necesitar mucho tiempo”[...]²⁷⁷

5.19. Actuación procesal de los órganos judiciales

“[...] será preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el TEDH, los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (Caso Clooth, párrafo 45).

La falta de diligencia de los órganos judiciales tendría lugar, incluso, en aquellos supuestos en los que su actuación se viera “formalmente” respaldada por el ordenamiento legal, puesto que, tal como ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “(...) nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo, por ser, entre otras cosas, irrazonables,

²⁷⁶ STC 02915-2004-PHC/TC, FJ 30-31

²⁷⁷ STC 02915-2004-PHC/TC, FJ 29

imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”. (Caso Gangaram Panda. Sentencia del 4 de diciembre de 1991. Serie C, núm. 12, párrafo 47).

Así, por ejemplo, tal como ocurriera en el Caso Toth vs. Austria, ventilado en el seno del TEDH, sería atribuible a la falta de diligencia de los órganos judiciales la aplicación de leyes de procedimiento que tengan un injustificado efecto suspensivo sobre las investigaciones en diversas oportunidades. (Sentencia de 12 de diciembre de 1991, párrafo 77).

El análisis de la debida o indebida actuación por parte de las autoridades judiciales, debe abarcar el tiempo transcurrido desde que la persona se encuentra efectivamente detenida, hasta el dictado de la sentencia [...]”²⁷⁸

5.20. Criterios sobre la razonabilidad del plazo razonable de detención

“En la STC 02915-2004-HC/TC, el Tribunal recordó que

Como resulta evidente, no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito.

Este criterio es compartido, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al referir que “el plazo razonable (...) no puede traducirse en un número fijo de días, semanas, meses o años, o en varios períodos dependiendo de la gravedad del delito” (Caso Stogmuller. Sentencia del 10 de noviembre de 1969, párrafo 4).

En tal sentido, para determinar si dicha razonabilidad ha sido rebasada, es preciso atenerse a las específicas circunstancias de cada caso concreto.

Sin embargo, la imposibilidad de establecer un plazo único e inequívoco para evaluar la razonabilidad o irrazonabilidad de la duración de la prisión preventiva, no impide el establecimiento de criterios o pautas que, aplicadas a cada situación específica, permitan al juez constitucional determinar la afectación del derecho constitucional a no ser privado de la libertad preventivamente más allá del tiempo razonablemente necesario (...)”²⁷⁹

²⁷⁸ STC 02915-2004-PHC/TC, FJ 22-24

²⁷⁹ STC 0003-2005-PI, FJ 303

6. DERECHO A NO QUEDAR EN ESTADO DE INDEFENSIÓN

6.1. Conculcación

“El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares cuando los titulares de derecho e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, pero no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo [...]”

6.2. Circunstancias en la que se produce

“[...] [S]e produce cuando el justiciable es impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos”²⁸⁰

7. DERECHO DE DEFENSA

7.1. Noción

“[...] [E]l derecho de defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionatorio. Este estado de indefensión no sólo es evidente cuando, pese a atribuírsele la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover.”²⁸¹

“[...] [E]l derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés.”²⁸²

²⁸⁰ STC 05175-2007-PHC, FJ 5

²⁸¹ STC 00090-2004-PA, FJ 27

²⁸² RTC 01189-2000-PA, FJ 5

“[...] [El derecho de defensa] no solo se trata de un derecho subjetivo, sino también de un principio constitucional que informa la actividad jurisdiccional del Estado, a la vez que constituye uno de los elementos básicos del modelo constitucional de proceso previsto por nuestra Norma Fundamental.”²⁸³

“El derecho de defensa garantiza a toda persona el contar con una defensa oportuna y eficaz de modo que no se ocasione estado de indefensión alguna. Bajo este derecho se halla garantizada también la denominada defensa técnica”²⁸⁴

7.2. Proyección como principio de interdicción y contradicción

“[...] [El] **derecho fundamental de defensa** consagrado en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución este Tribunal tiene dicho que “(...) es de naturaleza procesal, y conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental, se proyecta, entre otros, como principio de interdicción en caso de indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso o de un tercero con interés [...]”²⁸⁵

7.3. Relación con el derecho a ser notificado

“[...] [C]onsustancial al significado constitucional del **derecho de defensa** es que se cuente con la posibilidad real de poder defenderse, es decir, no basta con la posibilidad *in abstracto* de contar con los recursos necesarios, sino que la parte debe ser notificada a efectos de que pueda interponerlos de manera oportuna [...] En ese sentido, el derecho a ser notificado se desprende de manera indubitable del más genérico derecho de defensa, que, a su vez, es parte conformante del debido proceso” (RTC 01779-2010-PA, FJ 4)

7.4. Prohibición del estado de indefensión

“El **derecho de defensa** establece una prohibición de estado de indefensión de la persona frente a un proceso o procedimiento que afecte un derecho o interés del mismo. [...]” (STC 02728-2007-PA, FJ 7)

“[...] [El] **derecho [de defensa]** no se satisface con el mero y aparente cumplimiento de una ritualidad de noticiar a la persona sobre la existencia de

²⁸³ STC 00010-2002-PI, FJ 120

²⁸⁴ STC 08280-2006-PA, FJ 6

²⁸⁵ RTC 01779-2010-PA, FJ 3

un proceso, sino con el desarrollo de todas las diligencias idóneas a efectos de una comunicación válida y oportuna sobre la existencia de un proceso. De lo contrario, este derecho fundamental se convertiría en la garantía de una mera formalidad procedimental que la vaciaría de su real contenido, lectura contraria a la naturaleza de los derechos fundamentales en cuanto mandatos de optimización.” (STC 02728-2007-PA, FJ 7)

7.5. Contenido constitucional

“El inciso 14) del artículo 139° de la Constitución ha consagrado el **derecho de defensa** como un derecho de función jurisdiccional. Se entiende por éste la prerrogativa que tiene toda persona para no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial. Este estado de indefensión no sólo es evidente cuando, pese a atribuírsele la comisión de un acto u omitir hacerlo de manera antijurídica, no sólo se sanciona a un justiciable o a un particular sin permitírsele ser oído o formular descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover.

Del mismo modo este Colegiado, refiriéndose también al contenido constitucionalmente protegido por el derecho de defensa, señaló en su sentencia recaída en el Expediente N° 1231-2002-HC/TC, que éste “*queda afectado cuando en un seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces por defender sus derechos e intereses legítimos*” (STC 05175-2007-PHC, FJ 3 y 4)

7.6. Medios para una adecuada notificación para el ejercicio del derecho a la defensa

“[...] [E]l **derecho fundamental de defensa** exige que ante la imposibilidad de la notificación por cédula, debido al desconocimiento de la dirección de la persona destinataria de la notificación, el órgano encargado del proceso, además de la realización de las diligencias idóneas al efecto del conocimiento de dicha información, debe recurrir a la adopción de medios o modalidades de notificación que el propio ordenamiento procesal ordinario prevé. Tal es el caso de las previstas por el Código Procesal Civil (artículos 163°, 164°) y la Ley N.º 27444 del Procedimiento Administrativo General (artículo 20°), esto es, telefax, correo electrónico e, incluso, la “notificación por radiodifusión” establecida por dicho Código (artículo 169°).” (STC 02728-2007-PA, FJ 8)

7.7. Omisión de incorporación de tercero al proceso

“[...] [S]e advierte que la sentencia cuya nulidad se solicita declaró infundada la demanda interpuesta por la recurrente contra el Banco de la Nación; sin embargo en el presente proceso de amparo éste no ha sido incorporado a la relación procesal, omisión que afecta el derecho de defensa del referido Banco puesto que la decisión sobre el fondo le afecta directamente; en consecuencia, importa un vicio insubsanable del proceso, debiendo por tanto declararse la nulidad conforme a lo establecido por el artículo 20º, segundo párrafo, del Código Procesal Constitucional. (STC 04474-2007-PA, FJ 2)

7.8. Contenido constitucional

“[...] [E]l derecho de defensa garantiza que los justiciables no puedan quedar en indefensión. Como tal la garantía de no quedar en estado de indefensión se proyecta a lo largo de todo el proceso y, por su propio efecto expansivo, contiene a su vez un conjunto de garantías mínimas que en todo momento deben respetarse. Entre ellas se encuentra, conforme lo dispone el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la necesidad de conceder al inculpado el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, entre otros.” (STC 01813-2008-PHC, FJ 6)

7.9. Dimensiones

“[...] [E]l derecho a la defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una *material*, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra *formal*, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho a no quedar en un estado de indefensión.” (STC 00971-2008-PHC/TC, FJ 3)

7.10. Afectación del derecho de defensa mediante una notificación

“[...] [L]a notificación es un acto procesal cuyo cuestionamiento o anomalía no genera per se violación del derecho al debido proceso o a la tutela procesal efectiva; así, para que ello ocurra, resultará indispensable la constatación o

acreditación indubitable de parte de quien alega la violación del debido proceso, de que con falta de una debida notificación se ha visto afectado de modo real y concreto el **derecho de defensa** u otro derecho constitucional directamente implicado en un caso concreto. Esto se entiende desde la perspectiva de que los procesos constitucionales ni son una instancia a la que pueden extenderse las nulidades o impugnaciones del proceso (judicial ordinario), ni pueden convertirse en una media para la articulación de estrategias de defensa [...]” (RTC 00143-2007-PA/TC, FJ 4)

7.11. Relación con el debido proceso y la democracia constitucional

El Tribunal tiene dicho que la observancia y respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un proceso debido, propio de una democracia constitucional, que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores. Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente todo el proceso judicial, cualquiera sea su materia. Este derecho garantiza que un justiciable no quede en estado de indefensión en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, como se expresa en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.” (STC 0003-2005-PI, FJ 157)

7.12. Elección libre de su abogado

“Entre los atributos que éste garantiza, se encuentra el derecho de todo procesado a elegir libremente a un abogado defensor y a ser asistido por éste, además de poderse comunicar libre y privadamente con él. Tal atributo tiene un fin instrumental, pues con su libre ejercicio se permite que una persona sometida a una investigación penal tenga la oportunidad dialéctica de alegar y justificar, técnica y procesalmente, los cargos que se le imputan en el proceso.” (STC 0003-2005-PI, FJ 158)

7.13. Ejercicio dentro de los procedimientos parlamentario

Este Colegiado ha reconocido que el derecho a la defensa puede ejercerse en procesos distintos a los judiciales, inclusive en los procedimientos parlamentarios de responsabilidad constitucional, si se presenta una controversia de índole jurídica que debe ser resuelta protegiendo los intereses de las personas.

Sin embargo, dentro del íter legislativo, la existencia de derecho a la defensa no puede ser sustentada ni avalada. La idea de la defensa se centra en la

capacidad de una de las partes de sostener su posición dentro de un conflicto jurídico, a diferencia de lo que sucede en un procedimiento legislativo, en el que no existe controversia jurídica, sino más bien política. *Prima facie*, el conflicto parlamentario entre la mayoría y la minoría tiene sus propios mecanismos políticos de autocomposición en la elaboración de las leyes que no han sido infringida.

Es más, según el artículo 206 de la Constitución y el artículo 81, inciso a, del Reglamento del Congreso, no se considera como elemento del procedimiento de reforma constitucional, la intervención de los sectores involucrados dentro de la comisión responsable de la modificación en el Congreso. Ello es así porque el legislador no puede someterse a ningún grupo de presión de la población ni de los medios de comunicación social, según el artículo 93 de la Constitución.

Ahora bien, las opiniones especializadas son importantes en un procedimiento de reforma constitucional en el caso que expresen los intereses de un sector de la población. En el caso concreto, habiendo intervenido diversas asociaciones relacionadas con los gremios de pensionistas en los debates de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso antes de la segunda votación del Pleno, no se detecta vicio alguno en el procedimiento de elaboración de la Ley N° 28383." (STC 0004-2005-PI, FJ 29)

7.14. Como componente de la tutela procesal efectiva

"[...] La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así, la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva.[...]" (STC 6715-2005-PHC, FJ 31)

7.15. Dimensiones en el ámbito penal

"El artículo 139° inciso 14) de la Constitución establece lo siguiente:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

Del tenor de la norma glosada, es posible afirmar que el derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, presenta una doble dimensión: una material, mediante la cual el inculcado tiene derecho de ejercer su propia defensa desde el momento en el cual toma conocimiento de que se le viene imputando la comisión de un delito; y otra formal, que implica el derecho a una defensa técnica, es decir, el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Cabe afirmar que ambas dimensiones forman parte del contenido constitucionalmente protegido del mencionado derecho de defensa, el cual tiene como objetivo final el garantizar el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión [Cfr. STC. Exp. N° 1323-2002-HC/TC, Caso Espinoza Palomino, fundamento 2; Exp. N° 6260-2005-PHC/TC, Caso Clavo Peralta, fundamento 3].” (STC 6442-2007-PHC, FJ 3 y 4)

7.16. Violación del derecho de defensa

“[...] [E]llo ocurrirá cuando una persona no logra ofrecer a quien la juzga los elementos necesarios para desvirtuar una acusación en su contra o para afirmar que tiene la razón en lo que alega. Pero no todo acto que imposibilita un correcto uso de la defensa produce un agravio al derecho. (STC 6715-2005-PHC, FJ 32)

7.17. Derecho a ser informado de la acusación

“El derecho a ser informado de la acusación es un atributo del derecho de defensa que integra, entre otros, el debido proceso y, por ende, la tutela jurisdiccional, a la par que constituye lo primordial del principio acusatorio; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Plissier y Sasso vs. Francia, 25 de marzo de 1999), ha sostenido, al respecto, que: ‘[...] tal exigencia es una condición esencial de la equidad del procedimiento, para lo cual en materia penal se requiere una información precisa y detallada de los cargos que pesan sobre un acusado, lo que incluye la calificación jurídica -en realidad, la razón jurídica de la imputación- que los Tribunales pudieran presentar en su contra’.”

7.18. Ejercicio indebido

“[...] [El derecho de defensa], por principio, no amerita una utilización arbitraria de los medios procesales que el sistema jurídico provee, sino más bien comporta la necesidad de patrocinar convenientemente a los defendidos.[...] La Norma Fundamental es muy clara cuando prescribe, en su artículo 103°, que no se puede amparar el abuso del derecho. La actuación inapropiada de un

abogado defensor, más que beneficiar a sus defendidos, puede terminar impidiéndoles un adecuado patrocinio y protección jurídica [...].” (STC 6712-2005-PHC, FJ 66)

8. DETENCIÓN ARBITRARIA

8.1. Alcance a condena de sentencia expedida vulnerando el debido proceso

“[...] [E]l derecho a la libertad física [...] [así] esta no sea restringida en forma arbitraria, alcanza no solo a las denominadas “detenciones judiciales preventivas”, sino, incluso, a una condena emanada de una sentencia expedida con violación del debido proceso [...]” (STC 01091-2002-HC, FJ 3)

8.2. Otros elementos considerar

“[...] [L]as exigencias de legalidad y no arbitrariedad de la detención judicial no se satisfacen únicamente porque esta haya sido expedida por un juez competente, pues si bien el elemento de la competencia judicial constituye uno de los elementos que ha de analizarse a efectos de evaluar la arbitrariedad o no de la privación de la libertad, también existen otros elementos que se tienen que tomar en consideración, los que varían según se trate de una sentencia condenatoria o, por el contrario, de, una detención judicial preventiva” (STC 1091-2002-PHC, FJ 3)

8.3. Análisis de razonabilidad del mandato de detención

“[...] La inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva en arbitraria, por no encontrarse razonablemente justificada” (STC 01091-2002-HC, FJ 15)



RESUMEN

En esta unidad, se ha afirmado que el derecho a la libertad personal es un valor principal o fundante del Estado Constitucional, razón por la cual cualquier limitación a su contenido o ejercicio requiere una justificación no sólo legítima, sino constitucionalmente imperiosa. Eso quiere decir, en buena cuenta, que el Derecho Procesal Penal no puede entenderse a cabalidad si es que no se toma en cuenta que las medidas limitativas o restrictivas de la libertad de la persona debe ser entendida siempre como un asunto excepcional o de ultima ratio, y no como lamentablemente suele entenderse en la actualidad, en donde las medidas de prisión preventiva son dictadas casi de forma automática o superando el plazo razonable que exigen las circunstancias. Por ello, el conocimiento e internalización de los conceptos del Derecho Procesal Penal que aquí hemos analizado a la luz de la Constitución y sus principios o valores, son una muestra más de la transversalización del Derecho Constitucional también en esta disciplina o rama del Derecho.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿En qué consiste la dimensión “subjetiva” y “objetiva” del derecho a la prueba, en el Estado constitucional?
2. ¿Cuáles son los elementos que debe tener en consideración el juez al momento de determinar si se ha vulnerado o no el derecho al plazo razonable en un proceso penal? Explique brevemente cada uno de ellos.
3. ¿Cuál debe ser el estándar de motivación del auto apertura de instrucción y cuál es el proceso constitucional idóneo para cuestionarlo?
4. Si en un determinado proceso penal se ha condenado a una persona en base a una motivación judicial insuficiente, ¿cuál debe ser el alcance del control constitucional que se realiza a través del habeas corpus contra resoluciones judiciales?

UNIDAD IV

Constitución y Derecho Civil

PRESENTACIÓN

En esta unidad, analizaremos la relación íntima e intrínseca que es posible establecer entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil, a partir de las normas constitucionales de carácter civil que recoge nuestra Constitución Política del Perú. Por otro lado, veremos que muchos de los conceptos establecidos en el Código Civil actualmente vigente, han perdido aquella operatividad que era plena cuando entraron en vigencia, lo cual exige una lectura “en clave constitucional” de dichas instituciones propias del Derecho Privado. Por otro lado, analizaremos en qué medida esta influencia del Derecho Constitucional sobre el Derecho Civil puede afectar la autonomía de esta rama del Derecho, por lo que sustentaremos la tesis de que esa mutua influencia debe realizarse en una relación de complementariedad, y no de subordinación.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuáles son los principales fundamentos que permiten hablar de un “Derecho Civil Constitucional” en nuestro país?
2. ¿Cuáles son los alcances y límites de la constitucionalización del Derecho Civil, sin que ello implique restarle autonomía a esta rama del Derecho?
3. ¿Cuáles son los fundamentos o principios del Derecho Civil que están recogidos en la Constitución Política del Perú?
4. Establezca y defina las principales categorías del Derecho Civil que tienen una relación directa o intrínseca con el Derecho Constitucional.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, reflexiones doctrinarias provenientes de diversos países de Europa, vienen puntualizando las incidencias de la Constitución sobre el Derecho Privado. Y, aunque existe una variedad de denominaciones empleadas: derecho constitucional civil, derecho constitucional de la persona, derecho constitucional de la familia, o derecho privado constitucional, etc., la expresión que viene vigorosamente afirmándose es el nombre *derecho civil constitucional*.

Aunque por ahora la trimembre locución "derecho civil constitucional" aluda al derecho civil contenido en la Constitución, impera la idea de que el derecho civil constitucional es, ante todo, *derecho civil* y, desde luego, no es derecho constitucional, aunque figure integrado en la Constitución. Sin embargo, este planteamiento que fuera expuesto hace ya varias décadas por diversos profesores de derecho civil en España y en los que destacan dos grandes académicos de las actuales generaciones como son DE CASTRO y CASTAN TOBEÑAS⁽²⁸⁶⁾, ha sido replanteado con mayor solidez hace ya una década por el profesor FLOREZ-VALDES⁽²⁸⁷⁾.

El tema y la expresión misma del derecho civil constitucional no deja de impactar a civilistas como a constitucionalistas; tan importante y singular problemática se ha extendido a otros países, como son los esgrimidos en Alemania por el profesor KONRAD HESSE⁽²⁸⁸⁾; o en Italia por el profesor PIETRO PERLINGIER⁽²⁸⁹⁾ y en Francia por FRANCOIS LUCHAIRE⁽²⁹⁰⁾.

²⁸⁶ Vid. FEDERICO DE CASTRO: "El derecho Civil y la Constitución". En Revista de Derecho Privado (RDP). Año XXII N° 257. 1935. pp. 33-48. CASTAN TOBEÑAS: "Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado", en RDP. 1933. N° 237 pp. 189 y ss.

²⁸⁷ FLORES VALDES. Joaquín Arce. El Derecho Civil Constitucional. Cuadernos Civitas. Madrid. 1986. pp. 173 y ss. Por otra parte, la bibliografía sobre el derecho civil constitucional en España se expresa en una presencia respetable: entre los que destacan a Enrique Ruiz Vadillo: "*La Constitución española y el Derecho Civil*". RDP. Tomo LXIII. 1974, Madrid, pp. 233-255; José GONZALES PALOMINO: "*Valor civil actual de las normas constitucionales*", en RDP. Año XX. N° 243. p. 20; VILLAR y ROMERO. J.M.: "*Las transformaciones del derecho privado en derecho público*", en RDP. 1943. pp. 41 1-431; JOSÉ MANUEL GONZALES PORRAS: "*La menor de edad después de la Constitución y la reforma del Código Civil*", en RDP. T. LXVIII 1984, Ángel CARRASCO PERERA: "**El Derecho Civil: Señas, imágenes y paradojas**". Tecnos. 1988; Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ: "*Matrimonio y Familia: Arts. 32 y 39 de la Constitución*", en **Rev. de derecho Político**. N° 36. 1992. pp. 207-223; entre otros, independientemente de los clásicos trabajos de diversos civilistas ibéricos.

²⁸⁸ HESSE, Konrad: *Derecho Constitucional v Derecho Privado*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995

²⁸⁹ PERLINGIERÍ. Pietro: "**II diritto civile nella legalità costituzionale**". Napoli, 1983; ver del mismo autor también: "*Por un derecho civil constitucional español*", en ADC. Enero-Marzo. Madrid. 1983. T. XXXVI, Fascículo I. pp. 1-16.

²⁹⁰ LUCHAIRE, François; "*Le Fondements constitutionnels du droit civil*", **Revue trimestrielle de droit civil**. 1982.

Pero aparte de la indiscutible existencia de aquellas normas civiles constitucionales que regulan fórmulas normativas *materialmente civiles* encerradas formalmente en la Constitución; la problemática que impera en este campo es no sólo analizar la existencia misma del derecho civil constitucional; sino otros territorios mucho más conflictivos como es el relacionado a la *eficacia jurídica* de las normas civiles constitucionales. El planteamiento es, en grandes rasgos, el siguiente: se trata de ver si la Constitución que, como se sabe, prevé un *stock* de normas civiles, tienen en rigor, el carácter de simples *normas programáticas* que sólo se tornan obligatorias cuando éstas se proyectan en la legislación ordinaria y cuya operatividad del derecho civil constitucional estaría expresado no en la norma constitucional, sino en el Código Civil; o si, por el contrario, nos encontraríamos con que la Constitución misma es una verdadera *norma jurídica* inmediatamente aplicable y que debe ser tenida en cuenta. He aquí en grandes líneas, algunos de los temas que nos trae esta singular presencia del derecho civil constitucional.

2. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

Un primer punto que es necesario destacar es la relación que existe entre el derecho civil y el derecho constitucional. Desde luego, no entramos aquí en la antigua polémica si el derecho privado se está transformando, evolucionando o en crisis; pues es incuestionable que el derecho privado subsiste y hoy más que nunca con el remozamiento del liberalismo en el mundo y su presencia no sólo se afirma con solidez en el derecho civil sino en diversas legislaciones extra código civil. El tema, por el contrario, es ver cuál es el grado de relación que existe entre ambos predios jurídicos.

Nuestro particular punto de vista es que entre el derecho civil y el derecho constitucional, hoy existe una retroalimentación recíproca y lo planteamos de la siguiente manera: diversas normas que siempre han sido *hábitat* natural de los textos constitucionales, hoy forman parte de sendos articulados del Código Civil y así podríamos advertir que probablemente nos estaríamos encontrando frente a la presencia de un "*derecho constitucional civil*" que serían para aquellas normas que, perteneciendo a los predios tradicionales de los textos constitucionales, hoy se proyectan en las normativas civiles; a su vez, y en correspondencia recíproca, existen infinidad de normas civiles que son o han sido un coto de caza del ámbito del Código Civil, hoy, dichas normas se proyectan en diversos territorios de los textos constitucionales. En consecuencia,

sostenemos pues que en la actualidad hay una correspondencia o retroalimentación recíproca: muchas normas que están en la Constitución, pertenecen materialmente al derecho civil (*derecho civil constitucional*) y otras tantas normas que están en los códigos civiles pertenecen por tradición en las constituciones, sean los derechos fundamentales de la primera, segunda o tercera "generación" (*derecho constitucional civil*). Por supuesto que no nos interesa aquí acuñar una supuesta o aparentemente confusa locución de "derecho civil constitucional" y "derecho constitucional civil", lo importante es ver que por encima de las nomenclaturas, se conozcan las esencias de las cosas. Y el hecho es que históricamente hubo una *relación de exclusión* entre el derecho civil y el derecho constitucional, conforme ya se ha constatado; y ello hoy se expresa en una *relación de intersección*; lo que por ahora no está claro es que si esa relación de intersección pueda convertirse, a la postre, en una *relación de inclusión*, es decir: que el Código Civil esté dentro de la Constitución, aspecto éste que probablemente podría no ser problema, bajo el entendido de que el Código Civil, como cualquier ley, debe afirmar el *principio de constitucionalidad* y en los marcos de la jerarquía, el Código Civil sería una norma *infraconstitucional*. Sin embargo, creemos que esta aparente inocua situación se decantaría si vemos que frente al Código Civil y la Constitución, en el sistema jurídico, la fuente de aplicación sólo opera en el Código Civil y no con la Constitución; planteamiento que por ahora impera en el Perú.

3. HACIA UNA DEFINICIÓN DEL DERECHO CIVIL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

3.1. Nota preliminar

Por principio, suscribimos la tesis iniciada modernamente por Joaquín Arce y Flórez-Valdés⁽²⁹¹⁾, la que igualmente es asumida por otros profesores como Konrad Hesse, si bien con el título Derecho Constitucional y Derecho Privado⁽²⁹²⁾.

Igualmente, en Francia a Francois Luchaire⁽²⁹³⁾, en Italia por Pietro Perlingieri⁽²⁹⁴⁾, así como una gran producción ibérica en esta área. Es decir, estimamos que es más correcto utilizar la expresión o el título de "*derecho civil*"

²⁹¹ Op. cit. Pp. 173 y ss.

²⁹² Derecho Constitucional y Derecho Privado. Civitas. op.cit. pp. 31 y ss.

²⁹³ LUCHAIRE, Francois: "Les fundements constitutionnels du Droit Civil", en **Revue trimestrielle de droit civil**, 1982.

²⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro: "Por un Derecho Civil Constitucional Español". En **Anuario de Derecho Civil**. T. XXXVI. Fascículo I. Enero – Marzo 1983. Pp. 1-16.

constitucional”, antes que otros rubros, tales como derecho constitucional de las personas, derecho constitucional de la familia, derecho privado constitucional, derecho constitucional civil. No entramos, en todo caso, a bautizar nombres de acuerdo a gustos, pues una eventual polémica en este extremo sería bizantino y baladí; sin embargo, resulta siempre difícil atribuir un nombre idóneo a cosas relativamente abstractas.

Previamente, debemos señalar que el contexto donde se desarrolla el Derecho Privado fue en el Siglo XIX, pues ahí aparecen ya las importantes codificaciones de la ciencia jurídica privada. Es la época, no cabe duda, del tránsito de las antiguas sociedades feudales-estamentarias a las sociedades industriales burguesas. No obstante que en aquellas épocas, según se ha podido advertir, ya existían también textos constitucionales, como indica HESSE. Dichas normas fundamentales aún estaban lejos de provocar o programar modificaciones del Derecho Privado, en tanto no les correspondía una eficacia vinculante frente al legislador del Derecho Privado⁽²⁹⁵⁾. Por el contrario, históricamente fue el Derecho Privado el que aparecía, para las flamantes capas industriales de las sociedades burguesas, como el auténtico baluarte de la libertad burguesa. Fue así como el derecho civil, expresado ya en una sólida codificación, pasa a ser la garantizadora de las sociedades burguesas, acaso las normas constitucionales asumían por aquel entonces un rol secundario y discreto, en tanto las relaciones de los particulares, desde el punto de vista de la libertad individual, giraba todo en torno a la vida económica, quedando las constituciones para la regulación de las relaciones públicas.

Vicente TORRALBA SORIANO nos proporciona mayores elementos de -juicio para poder observar cómo pasa esta evolución. Así, el significado constitucional del Derecho Civil en el siglo XIX presenta dos facetas: una política, cuyo fin es la afirmación de las relaciones de las personas frente al poder estatal (*derechos públicos subjetivos*), y otra social a través de la cual se trata de dar valor jurídico a una determinada organización, la de la burguesía, que se asentaba sobre el derecho de propiedad. De estas dos facetas se deduce claramente que el Derecho Civil no tenía sólo un sentido privado, como se suele entender actualmente, es decir, afectaba a algo más que a las simples relaciones entre particulares. Era, ciertamente, el derecho de la persona, pero era también el derecho de la organización económico-social, puesto que tal organización estaba basada fundamentalmente en la propiedad y en la iniciativa privada, de cuyo libre juego se habría de derivar,

²⁹⁵ HESSE, Konrad: Derecho Constitucional y Derecho Civil. op. cit. p. 35.

según la ideología de la época, el bienestar general. Por ello, podía hablarse no sólo del carácter constitucional del Derecho Civil en aquella época, sino incluso del significado público del mismo, en cuanto que sentaba las bases fundamentales de la organización jurídico-política. Lo que ha sucedido posteriormente es que la evolución jurídica se ha realizado al margen de los Códigos donde había cristalizado el Derecho Civil, de manera que los Códigos y, por consiguiente, el Derecho Civil continuaban manteniendo los principios y reglas que triunfaron en el momento de la Codificación; mientras que las estructuras socio-económicas cambiaban profundamente, requiriendo la "elaboración de un nuevo Derecho" que correspondiera y fuera reflejo de las nuevas estructuras. Este fenómeno tenía que ocasionar necesariamente el empobrecimiento del Derecho Civil, el cual, al no adaptarse en su configuración legal a las nuevas situaciones socio-económicas, va a perder necesariamente su significado constitucional. Ello se debe a que el desarrollo de los principios constitucionales no se va a realizar en los últimos tiempos. Por el contrario, quedando prisionera formalmente de la estructura del Código, y siendo difícil su modificación, los cambios se tendrán que realizar necesariamente por otra vía, la vía de los llamados derechos especiales, los cuales, en cuanto que son reflejo de las nuevas preocupaciones e ideologías sociales, vienen a consolidar un derecho nuevo. Por consiguiente, el Derecho Civil codificado va a perder el significado social, vital e ideológico, que tuvo en un principio, precisamente porque las ideologías, la organización social y la vida toda ha cambiado profundamente. A causa de ello, los Códigos no son ya fiel reflejo de la situación social e ideológica que inspira la vida moderna. En consecuencia, el Derecho Civil es ahora más que nunca un Derecho Privado, en el sentido de que afecta sólo a las relaciones entre particulares; pero no conserva el significado organizativo y social que tuvo, en un principio, el Derecho Civil codificado⁽²⁹⁶⁾.

Es más hoy surge con un impresionante señorío nuevas vetas jurídicas cuyas canteras son propias de la matriz del Derecho Civil. Así, por ejemplo, el Derecho Financiero⁽²⁹⁷⁾, el Derecho Industrial⁽²⁹⁸⁾, el Derecho Monetario y Bancario⁽²⁹⁹⁾, el

²⁹⁶ TORRALBA SORIANO, Vicente: “El Derecho Civil desde su Codificación hasta el Tiempo Presente”. En Revista General de Legislación y Jurisprudencia. México T. LXXI. N° 1 Julio de 1975, pp. 255-256.

²⁹⁷ Al respecto, una breve bibliografía de esta rama puede verse en DUVERGER, Maurice. Hacienda Pública. Barcelona. 5ta. Edic. 1968; MUSGRAVE. R. y P. Hacienda Pública. Mc Graw-Hill. 5ta. Edic. 1992. España; DE LA GARZA, S.: Derecho Financiero Mexicano. Edit. Porrúa. México, 1992; GARCÍA BELAUNDE SALDIAS: El derecho Presupuestario en el Perú; Luis Alfredo Edic. Lima. 1998. CASTILLO, Luciano: Finanzas Públicas. 5ta. Edic. Edit. Pirhua. Lima. 1992. FLORES POLO, Pedro derecho Financiero, Bs. As. Depalma. 1983.

Derecho Comercial⁽³⁰⁰⁾, el Derecho Minero y de Hidro- carburos⁽³⁰¹⁾, el Derecho Agrario y de Aguas⁽³⁰²⁾, el Derecho Urbanístico⁽³⁰³⁾, el Derecho Registral y Notaria⁽³⁰⁴⁾; el Derecho de Quiebras y Reestructuración Empresarial⁽³⁰⁵⁾. En suma, muchas de estas nuevas y añejas ramas están ancladas al viejo derecho privado, identificado como derecho civil. Hoy, desde luego, el Derecho Civil no es "todo" el Derecho Privado, acaso por desborde de sus ramas éstas han desarrollado nuevas instituciones, están alimentadas de otra sáfila de principios y fundamentos que, aun cuando vinculado al Derecho Privado, es otro Derecho Privado, que muchas veces son las que reflejan verdaderamente el pulso de un régimen político. Así las cosas, y pretendiendo un intento de definición del Derecho Civil Constitucional, se debe partir ineludiblemente por considerar y rescatar la concepción de la Carta Constitucional como norma jurídica, siendo ésta que crea y funda un orden jurídico fundamental en la sociedad civil. Y si bien es cierto, como apunta HESSE, que el Derecho Privado deriva en mayor medida de otras fuentes, antes que del Derecho Constitucional⁽³⁰⁶⁾ hoy, sin embargo, los ordenamientos constitucionales ofrecen singulares funciones de garantía, orientación e impulso a las demás constelaciones normativas, entre las que obviamente se encuentra el Derecho Civil. Ya no se trata tan sólo de que la Constitución, como decía PELLEGRINO ROSSI, sea la cabecera de todos los títulos de un orden jurídico; sino que la Constitución es la fuente de todas las fuentes normativas y, en este sentido, al Derecho Constitucional le corresponde

²⁹⁸ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: Tratado de Derecho Industrial. Madrid. Civitas. 1978. FERNANDEZ NOVOA, Carlos: Fundamentos de Derechos de Marca. Edit. Montecorvo. Madrid. 1984; KRESALJA, Baldo. Derecho Industrial. Materiales de Enseñanza. PUC. Lima.

²⁹⁹ ANDROSINI VALDEZ, David: Introducción a la Banca. U. del Pacífico, Lima. 1992: BCR: Glosario de Términos Económicos. Lima, 1995: MILLER, Roger Le Roy y PULSINELLI. Robert: Moneda y Banca, Mc Graw-Hill; TOVAR, Jorge: Legislación Bancaria Comentada, BCR del Perú. Lima 1993.

³⁰⁰ BALDO DEL CASTAÑO, V.: Conceptos Fundamentales de Derecho Mercantil. Edit. Marcombo, Barcelona, 1982. FLINT BLANCK. Pinkus: Derecho Empresarial. 1986. Studium. Lima: FLORES POLO, Pedro: Derecho Empresarial, Studium. 1986, Lima. MONTOYA MANFREDI, Ulises: Derecho Comercial, 2 Vol. Cult. Cuzco. 1988.

³⁰¹ BASADRE AYULO. Jorge: **Derecho Minero Peruano, 5ta. Edic.** Urna- 1990; GARCÍA MONTUFAR. Guillermo; **Apuntes de Derecho Minero Común.** Lima. 1989. SÁMAME BOGGIO, Mano: **Minería Peruana.** Lima. 1974

³⁰² DONGO DENEGRÍ: **Derecho Agrario, Trujillo. Marsol**

³⁰³ SUTAETA ELUSTIZA. Ángel: **Propiedad y Urbanismo.** Madrid. Edit. Montecorvo. 1978; LAZO MARTÍNEZ, José Luis: **Derecho Urbanístico.** 2 T.. Madrid, Edit. Montecorvo: FIGALLO, Guillermo: **Suelo y Derecho.** Lima, SPÍ. 1987; CORNEJO B.. Mariano: **Acceso al Suelo Urbano: Posibilidades y Limitaciones.** Lima. SPÍ. 1987; CALDERÓN, Julio. **Las Ideas Urbanas en el Perú.** Lima, Edit. Instituto de Desarrollo Urbano CENCA. 1990

³⁰⁴ BOLÍN ZAPATA. Abel: **Derecho Registral Inmobiliario.** Bs. As.. 1971. FUEYO LANFRI. Fernando: **Teoría General de los Registros.** Bs. As., Astrea, 1982: GUEVARA MANRIQUE. Rubén: **Derecho Registral,** 3 Vol., Edit. Fecat. Lima, 1997 ; BARRAGAN ALONSO. M.: **Manual de Derecho Notarial.** Bogotá, Temis. 1979; CARPIÓ AGUIRRE. Alfredo: **Derecho Notarial.** Lima. UNMSM, 1967.

³⁰⁵ ADROGUE, Manuel: **La Prelación de Créditos en Materia Concursal.** Bs, As., Edit. Perrot; FLORES POLO. Pedro: **Derecho de Quiebras, Trujillo, Marsol**

³⁰⁶ HESSE. Konrad; op. cit. p. 82.

ser una guía y un apoyo al Derecho Privado Civil. Y es que, mientras el Derecho Constitucional recepciona la dinámica de la vida y reacciona con mayor rapidez a los cambios de la realidad, el Derecho Privado mantiene esa cerrazón y autarquía que le viene anclada desde la concepción romanista, tan cara al viejo regusto de muchos civilistas que a duras penas permiten incorporar en sus viejos cofres normativos el aliento vivificante de la contemporaneidad de la vida, tan vertiginosa y veloz en este nuevo millenium⁽³⁰⁷⁾.

3.2. Definición del Derecho Civil Constitucional

El Derecho Civil Constitucional constituye un conjunto de normas y principios que forma parte de una constelación normativa del sistema jurídico y en el cual su *contenido* normativo, básicamente, se identifica con temas e instituciones que recíprocamente están ubicadas tanto en el ámbito normativo propio del Derecho Civil como también del Derecho Constitucional. Sin embargo, el Derecho Civil Constitucional está conformado por aquellas normas formalmente integradas en el Comando Mayor de la Constitución y que aluden a diversos temas, como son las complejas relaciones e imputaciones jurídicas en torno a la *persona*, en sus múltiples dimensiones; lo propio con la *familia y el matrimonio*, con todos los elementos y contenidos propios de este sector; así como las relaciones jurídicas que surgen de las cosas y *propiedades*. El contenido tampoco se agota con estos temas, aunque son los más *predominantes*, pues existen otros temas, como la herencia, las obligaciones, la capacidad, la nacionalidad, etc. Es decir, a estos diversos contenidos temáticos, el derecho civil constitucional les asigna o los identifica como aquellas materias *residualmente considerables de contenido civil* y que obviamente se ubican en el sector normativo de la *Lex Legum*.

El Derecho Civil Constitucional regula las típicas relaciones jurídicas entre las partes, sin mayor interés que para ellas mismas; sin embargo, estas relaciones propias de los *derechos privados subjetivos* pueden, según los casos, tornarse en un interés colectivo y puede trascender el ámbito cerrado del derecho privado, en tanto la **materia puramente civil** sufre una fuerte carga de valores fundamentales que pueden configurar nuevas interpretaciones por parte de los jueces ordinarios o de los tribunales constitucionales, ahí cuando haya que *disentir* del esquema rígido del puro legalismo propio del Derecho Civil, para

³⁰⁷ Vid por ejemplo a ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max: *Luces y Sombras del Código Civil*. Lima. 1992. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: “Nuevas Tendencias en los Derechos de las Personas”, Lima; “Derecho a la Identidad Personal”, Edit. Astrea. Bs. As. SOTO LA MADRID, Miguel Angel: *Biogenética, Filiación y Delito*, Astrea. Bs. As. 1982. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho Genético. Principios generales*. Trujillo. Edit. N.L. 1993..

incorporar nuevos contenidos de valores axiológicamente contemporáneos que necesitan de criterios normativos que superen lo *normológico*, por una mayor oxigenación de valores de *justicia y equidad*: es decir, una lucha para afirmar lo *dikelógico* o lo justo.

Lo más probable es que la existencia que aquí venimos esgrimiendo del Derecho Civil Constitucional esté acompasado con principios propios de una interpretación acorde a los Derechos Humanos. En tal sentido, estimamos que aquellas materias civiles que están enlazadas en el ámbito constitucional, pueden ser *interpretadas* ya no sólo con el rigorismo formalista del Código Civil, sino, acaso, acorde a principios, valores y criterios fundantes en una normatividad superior que aquellas que se encuentren en el Código Civil. ⁽³⁰⁸⁾

Por otro lado, bueno es indicar que cuando se alude al tema del Derecho Civil Constitucional, pasa necesariamente por abordar otros temas conexos a su propia existencia. Así, surgen en la agenda de desarrollo temático, aspectos como la *vigencia*, la *validez* y, fundamentalmente, de los contenidos y criterios de *interpretación* de las *normas civiles*. Es decir, aquí se le presenta básicamente al juzgador la posibilidad de un examen, ya no tanto de los criterios tradicionales de interpretación "exegética") sino la de confrontar el grado de validez que la norma civil ostenta frente al Comando Normativo Mayor. Y es que mientras una cosa es la simple y seca interpretación exegética a la cual nos tienen acostumbrados, acorde a las pautas de nuestro sistema *romano-germánico*, donde subyace como supérstite el pensamiento ideológico, el conservadurismo del viejo derecho civil napoleónico; otra cosa es, obviamente, las diversas pautas hermenéuticas de una Constitución, más rica en su *contenido* de valores que le imprime la composición de sus autores (Poder Constituyente Originario). Así las cosas, lo más probable es que diversas instituciones civiles tengan una *doble lectura*, la primera propia del Derecho Civil clásico; y, la segunda, acorde a una red mucho más rica de principios que una Constitución con una lectura abierta a fórmulas menos rígidas y de mayor

³⁰⁸ Anota Gustavo ZAGREBELSKY: “La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que vierten los conceptos mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar a los demás. Puesto que no pueden haber superación en una síntesis conceptual que fije, de una vez por todas las relaciones entre las partes, degradándolas a simples elementos constitutivos de una realidad conceptual que las englobe con absoluta fijeza. La formulación de una dogmática rígida no puede ser el objetivo de la ciencia constitucional.

El único contenido “sólido”, que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos, es el de la pluralidad de valores y principios. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Epílogo de Gregorio Peces-Barba, Edit. Trotta, Madrid, 1995. p. 17.

apertura de justicia que ella anida en sí misma, que permita diversas interpretaciones desde la Constitución ⁽³⁰⁹⁾.

Por lo pronto, se observa en el sistema jurídico peruano, pese a los esfuerzos que viene desarrollando el gobierno por las reformas en torno al Poder Judicial⁽³¹⁰⁾ se evidencia una concepción tradicional en la mentalidad de los jueces. Pese a ello, la *Academia de la Magistratura* viene impulsando una formación acorde a las nuevas cosmovisiones y cosmogonías, tratando de superar el pensamiento de Montesquieu, cuando enfatizó dramáticamente que los jueces son, sin más, seres inanimados, sin vida, que son sólo la boca de la ley. El Derecho Civil Constitucional habrá de auspiciar una apertura a una hermenéutica más rica e interpretativa, apreciando los *valores fundamentales* que la Constitución le otorga a la regia legalidad civil. Desde luego, el Derecho Civil Constitucional no pide a los intérpretes, o a los que imparten la justicia, una *ruptura* con las reglas de sus interpretaciones. Tampoco apunta a una escuela libre de interpretación.

³⁰⁹ “Por hallarse en la cúspide de la jerarquía normativa, la constitución es una norma cualitativamente superior a las restantes. La Constitución es una norma –señala el Tribunal Constitucional Español, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico. Esa prioridad **jerárquica** y cualitativa se traduce no sólo en la existencia de los rasgos peculiares, hasta aquí apuntados, que connotan su interpretación (interpretación “*de*” la Constitución), sino que la convierte en el criterio hermenéutico guía para interpretar todas las restantes normas del ordenamiento jurídico (interpretación “*desde*” la Constitución)». PÉREZ LUÑO. Antonio E.: Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Tecnos, 5ta. Edic, Madrid- 1995. p. 279.

³¹⁰ **David PEZUA VIVANCO** señala que “el futuro del país ... se está modernizando y reformando estructuralmente. Por tanto, frente a este proceso de modernización del país, el Poder Judicial no (puede) quedarse atrás (...). Se vienen obteniendo interesantes resultados para proporcionar seguridad jurídica reclamada por los ciudadanos del país y por la comunidad internacional, por empresas, por pobres y pudientes; en fin, por todos.

Se encuentra en juego 7.400 millones de dólares ya invertidos, 10,000 millones comprometidos y 20,000 millones de dólares por venir. En consecuencia, este Poder del Estado debe ser capaz y tener la autosuficiencia para asumir su rol de garante de Derechos de toda persona natural o jurídica: con libertad e igualdad y sin discriminación alguna, en base a una Justicia predecible y eficiente, cuyo camino debe ser trazado en base a principios férreos y sólidos, que constituirán los Fundamentos Estructurales de esta Reforma del Poder Judicial; Moralización. Descentralización, Capacitación y Modernización” (Cfr. Fundamentos Estructurales de la **Reforma** del Poder **Judicial**, Lima, 1999, Poder Judicial, p. II). Vid igualmente de la misma Secretaria Ejecutiva del Poder Judicial. Reforma **Judicial**. Gestión Administrativa de la Función Jurisdiccional. Lima. 1999. Poder Judicial. Si bien existe una decisiva voluntad política por cambiar administrativamente el manejo del Poder Judicial, ellas en sí sólo se agotan en el ámbito estrictamente administrativo. Empero, aún falta la gran etapa que aún no aparece en la intencionalidad de sus propios integrantes: de configurar una formación jurisdiccional científica, que supere los lastres y vicios de un pobre razonamiento jurídico nada creativo y seriamente deficiente. Lo más probable es que las nuevas generaciones de abogados que asuman el rol de magistrados, bajo el tamiz previo de una selección y formación de la Academia Nacional de la Magistratura, afirme una esperanza por obtener un perfil profesional de un juez capaz, probo, independiente de todo vínculo con el Poder Político Sobre el particular, puede verse a SAGÜEZ. Néstor Pedro. Las escuelas judiciales. UNAM-México, 1998. En este trabajo. Sagüés hace un reexamen del problema, sosteniendo que el sistema de reclutamiento y selección de los magistrados debe sostenerse en: a) principio de igualdad de oportunidades, b) principio de formación, c) principio de selección por la idoneidad, d) principio de independencia; y. c) principio de acceso al cargo “por derecho propio”¹ (pp. 24-33).

Se trata simplemente que cada vez que haya que aplicar algún aspecto relacionado al Derecho Civil, sea integrado con la Constitución; y, luego, apreciar el contenido superior de esta norma fundante, para luego ir a lo infraconstitucional. La idea es, pues, que el Derecho Civil Constitucional es simplemente el Derecho Civil, pero que se nutre de los valores superiores y supremos de una Constitución. Se nos podrá recusar que ello es obvio y que esto también ocurre o debe ocurrir en todos los demás sectores que integran el sistema jurídico⁽³¹¹⁾. Esto también es cierto, pero ocurre que en las instituciones del derecho civil, la interpenetración de valores se lo otorga la Constitución; es decir, el Poder Constituyente ha de orientar al Poder Constituido, pues éste último es el creador legislativo simple de la legislación civil. Es más, un juez que empiece a razonar en frecuencia constitucional, debe asumir la idea de que la Constitución no sólo es un concepto político, sino que es una norma jurídica; y, como tal, debe ser tomada en cuenta en cada momento en que en la impartición de justicia se encuentren con aspectos vinculados a los valores constitucionales. Todavía resulta asombroso ver cómo los jueces, en sus fallos y sentencias, les resulta sumamente difícil invocar -ya sea en su partes considerativa, expositiva y, básicamente, resolutive- preceptos constitucionales, limitándose tan sólo a invocar las normas *infraconstitucionales*. Criterios como estos, por ejemplo, con la presencia de un razonamiento acorde a la presencia de un Derecho Civil Constitucional, deben empezar ya a superarse en la mentalidad de nuestros magistrados; o, en el mejor de los casos, esperar a la nueva formación académica de quienes deben ser magistrados, con conocimientos de un razonamiento constitucional. ⁽³¹²⁾

En rigor, la presencia del Derecho Civil Constitucional en el Perú, en puridad, está subyacente. Lo que pasa es que es necesario que la judicatura asuma una mayor audacia en su razonamiento jurídico, acorde a las modernas tendencias que vienen imperando en el pensamiento jurídico contemporáneo.⁽³¹³⁾

³¹¹ RUBIO CORREA, Marcial. El sistema Jurídico. Introducción al Derecho. PUC. Fondo Editorial, Lima.

³¹² ETO CRUZ, Gerardo: "Algunas consideraciones en torno a la Teoría de la Argumentación Jurídica de Theodor Viehweg, Cluinn Perelman y Roben Alexis", en Revista Jurídica. Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad, N° 134, Julio de 1999, Trujillo. Edición Especial de 75 años, pp. 395 y ss..

³¹³ Al respecto, pueden verse los trabajos de Manuel ATIENZA: Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico. Ariel, Barcelona. 1993- Del mismo autor: "Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica". Madrid. CEC, 1993. ALEXIS. Roben: Teoría de la Argumentación Jurídica, Madrid. CEC. 1989. CASTRO CID. Benno: La Filosofía Jurídica de Luis Recasen Sienes, Salamanca. Grañesa. 1974. DE TRAZEGNIES. Fernando: Introducción a la Filosofía y Teoría General del Derecho. Lima. PUC. 1987. GARCÍA AMADO, Juan Antonio: Teoría de la Tópica Jurídica, U. Oviedo. Edic. Civitus. 1988; de! mismo autor: "Del método jurídico a las teorías de la Argumentación", en Anuario de Filosofía del Derecho. T. III. Madrid. 1986. H. LEV1, Edward: Introducción al Razonamiento Jurídico, Bs. As. Edit. Eudeba. 1964. PERELMAN. Chain y OLBRECHTS-TYTECA L.: Tratado de la Argumentación. La Nueva retórica, Edit. Gredos, Madrid. 1989. PERELMAN. Ch.: La Teoría Jurídica y la nueva retórica. Edit. Civitas, Madrid, 1979. RECASÉN SICHES. Luis: Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, México. Fondo de

Lo que nuevamente aquí se inserta es un breve acopio de algunos fallos que forman parte de una suerte del Derecho Civil Constitucional; o, visto desde la otra perspectiva transversal, de un Derecho Constitucional Civil. Al margen del *nomen juris*, se trata de cómo el Tribunal ha entendido el Derecho Civil desde una interpretación constitucional, en donde se patentiza la transversalidad de la Norma Fundamental frente a la normativa civil.

4. DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

4.1. Efectos

“[...] [L]a **declaración de voluntad**, es decir, el corolario jurídico deseado por la persona, y por ende amparado por el ordenamiento jurídico, se traduce en la creación, regulación, modificación o extinción de una relación jurídica, generando la adquisición de un derecho o el establecimiento de una responsabilidad [...]”³¹⁴

4.2. Declaración unilateral de voluntad

“A pesar de su carácter intersubjetivo, no supone un acuerdo de voluntades para generar un efecto o consecuencia jurídica. Es el caso del testamento, que por ser exclusiva liberalidad del testador, no implica acuerdo previo con los beneficiarios. Este acto formal (una vez fallecido el testador) funciona como un verdadero conjunto de normas jurídicas”³¹⁵

4.3. Declaración contractual de voluntad y sus posibilidades

“Se genera por el **concurso de voluntades** de dos o más personas, que convienen en generar obligaciones a partir de un acuerdo. Conforme a los alcances de sus efectos, plantea dos posibilidades:

El contrato que establece normas jurídicas obligatorias sólo para las partes que lo celebran (aunque en la negociación colectiva es frecuente que el acuerdo firmado por la representación sindical y la empresarial, alcance incluso a aquellos que no pertenecen a la organización sindical).

Cultura Económica, I¹ SALVAT. Raymundo: **Introducción al razonamiento jurídico**, Bs. As., Universitaria, 1904. VIEHWEG, Theodor: **Tópica y Jurisprudencia**, Edit. Tauros, Madrid, 1964; del mismo autor: **Tópica y Filosofía del Derecho**, Edit. Gedisa, Barcelona, 1990.

³¹⁴ STC 0005-2003-AI, FJ 9

³¹⁵ STC 00005-2003-AI, FJ 9

Los contratos que realiza el Estado, que tienen consecuencias y significación que, con frecuencia, se extienden a toda la sociedad y por varias generaciones.

Generalmente su fin es la búsqueda del bien común y la satisfacción de intereses concretos de los ciudadanos en sus roles de usuarios o consumidores”³¹⁶

5. DERECHO A CONTRAER UN MATRIMONIO

5.1. Condiciones de su ejercicio

[E]l **derecho a contraer matrimonio** se somete al recaudo de que el hombre y la mujer tengan la edad requerida por las leyes internas y las condiciones exigidas por ellas, según se encuentra establecido en el apartado correspondiente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En dicho tratado, se estipula que en el mismo derecho se reconoce si los contrayentes tienen edad para ello, pero se sobreentiende que tal edad depende del derecho interno³¹⁷

5.2. Ámbito de protección del derecho al desarrollo de la persona

En primer lugar, el Tribunal ha de recordar que del artículo 4º de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho constitucional al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el “Estado protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional.

Más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido.

³¹⁶ STC 00005-2003-AI, FJ 9

³¹⁷ STC 03605-2005-AA, FJ 4

Se trata de una garantía sobre el instituto que, por cierto, no alcanza a los derechos que con su celebración se pudieran generar, los mismos que se encuentran garantizados en la legislación ordinaria y, particularmente, en el Código Civil. De manera que, desde una perspectiva constitucional, no cabe el equiparamiento del matrimonio como institución con el derecho de contraer matrimonio, aunque entre ambos existan evidentes relaciones.

Si no existe un derecho constitucional al matrimonio, ¿quiere ello decir que no tiene protección constitucional la decisión de un efectivo de la PNP de contraer libremente matrimonio? O, planteado de otro modo, ¿qué es legítimo que un policía tenga que pedir autorización a la PNP para hacerlo?

El Tribunal considera que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución.

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.

Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar

parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubii*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él [aunque no únicamente], a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad –para autorizar o negar- de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración³¹⁸.

5.3. No requerimiento de autorización para la decisión de contraer matrimonio

[T]oda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad –para autorizar o negar- de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración³¹⁹.

6. DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA

6.1. Reconocimiento y protección

“[...] [L]a tutela especial que merece la familia –más aún cuando se trata de familias reconstituidas en donde la identidad familiar es muchos más frágil debido a las propias circunstancias en la que estas aparecen–, la diferenciación de trato entre los hijastros y los hijos deviene en arbitraria [...] [Por lo que cualquier trato diferenciador] colisiona con el derecho a fundar una familia y a su protección³²⁰.

6.2. Protección de las relaciones familiares como garantía institucional

“[...] [L]as restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impiden el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo reclama, no sólo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad física, psíquica y moral de la persona, protegida por el artículo 2.1 de la Constitución y el artículo 25.1 del Código Procesal Constitucional, sino que se oponen también a la protección de la familia como

³¹⁸ STC 2868-2004-AA, FJ 13-14

³¹⁹ STC 2868-2004-AA, FJ 14 y 15

³²⁰ STC 09332-2006-PA, 23

garantía institucional de la sociedad, a tenor del artículo 4° de la Constitución”³²¹

7. FAMILIAS RECONSTITUIDAS

7.1. Noción

Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la **familia [reconstituida]**[...] puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”³²²

7.2. Dinámica

Por su propia configuración [...] [las] **familias [reconstituidas]** tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida³²³

7.3. Planificación familiar

7.3.1. Noción

[E]l concepto de **planificación familiar** [...] habrá que entenderlo como un programa familiar; libremente acordado por la pareja, que tiene por objeto, [...] la libre determinación del número de sus hijos [...] y “...asegurar la decisión libre, informada y responsable de las personas y las parejas sobre el número y espaciamiento de los nacimientos...”³²⁴.

7.3.2. Métodos excluidos de la planificación familiar

[L]os métodos que, como el de la esterilización quirúrgica, impiden la programación y el espaciamiento de los nacimientos, puesto que los hacen imposibles, no pueden considerarse como comprendidos en el elenco de los de “**planificación familiar**”, dado que se trata de procedimientos que privan -en

³²¹ STC 01384-2008-PHC, FJ 3

³²² STC 09332-2006, FJ 8

³²³ STC 09332-2006, FJ 8

³²⁴ STC 00014-1996-AI, FJ s/n, párr. único

muchos casos de modo irreversible- de la capacidad de procrear, y, por tanto, de la de programar y/o espaciar los nacimientos [...]

[D]ado el estado actual de los conocimientos y de la tecnología médica- la esterilización quirúrgica -por lo general irreversible- no parece ser un método, habida cuenta del sentido y tenor de la legislación nacional [...] de planificación familiar³²⁵.

7.3.3. Circunstancias de uso de la esterilización quirúrgica

[L]a esterilización quirúrgica,(es el) procedimiento que(...) puede resultar aceptable en otras circunstancias, como, por ejemplo, las de orden médico o terapéutico, en cuyo caso las responsabilidades correspondientes -así como las atenuantes y la eximentes de antijuridicidad- quedarían sujetas a los preceptos generales y especiales, de nuestro ordenamiento jurídico³²⁶.

7.3.4. Derecho de las familias a elegir el método de planificación familiar

[L]a prohibición del método de la esterilización, es enfatizar la prohibición radical del aborto, dejando a criterio de la pareja el derecho de decidir, con entera libertad, respecto de la utilización de los demás métodos anticonceptivos que, en cada circunstancia, puedan ser considerados en el catálogo de los de **planificación familiar**, es decir, como medios destinados a programar el número de nacimientos y la forma de espaciarlos³²⁷

8. HOGAR DE HECHO

Como es conocido, tradicionalmente la unión de hecho -también denominada concubinato o unión extramatrimonial- concitaba una percepción negativa y de rechazo por parte de cierto sector de la sociedad, concibiéndola como una forma de vida inmoral, situación que no se condecía con la realidad, tradiciones y cultura de otro gran sector de la sociedad peruana. Reflejo de ello era la ausencia del reconocimiento de efectos legales a este tipo de uniones. No obstante, el incremento de las prácticas convivenciales y la mayor secularización de la sociedad y del Estado (y su legislación) fue imponiendo un contexto a partir del cual se comenzaron a plantear respuestas -primero jurisprudencialmente y luego a nivel Constitucional- a esta realidad social. Así, la Constitución de 1979 reconoce por primera vez a nivel constitucional la unión de hecho. En la constituyente, se argumentó que tal incorporación se debió al

³²⁵ STC 00014-1996-PI, FJ s/n, párr. único

³²⁶ STC 00014-1996 PI, FJ s/n, párr. único

³²⁷ STC 00014-1996 PI, FJ s/n, párr. único

reconocimiento de una realidad social que involucraba a un gran número de peruanas y peruanos. De otro lado, se anotó que al momento de la separación de las uniones libres se presentaban situaciones inicuas. Y es que en muchas ocasiones una de las partes -en su mayoría el varón- terminaba por apoderarse de los bienes adquiridos por la pareja durante la convivencia[16]. Si bien, tal problemática ya había merecido la atención del órgano jurisdiccional, entendiendo que se estaba frente a un enriquecimiento ilícito, el constituyente de 1979 optó por reconocer ésta figura a fin de brindar una solución a tal problemática. Razones similares justificaron que el constituyente de 1993 mantuviera la unión de hecho, por lo que se recogió en la Constitución vigente sin mayores modificaciones. Con este reconocimiento constitucional se legitiman y se salvaguarda la dignidad de aquellas personas que habían optado por la convivencia. Asimismo pasan a ser considerados familia, por consiguiente merecedora de la protección del Estado.

Pero esta constitucionalización de la entidad, también implica el reconocer ciertos efectos jurídicos entre quienes conforman la unión de hecho. Si bien se está ante una institución que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su informalidad en cuanto a su inicio y su desarrollo, no es menos cierto que el Estado puede intervenir y regular conductas a fin de evitar situaciones no deseadas en la sociedad. Así pues, la Constitución reconoce una realidad pero al mismo tiempo, la encausa dentro de los valores constitucionales a fin de hacerla compatible con el resto del ordenamiento. En tal sentido, a fin de evitar que el aporte realizado por la pareja durante la convivencia sea apropiado por uno de ellos, en desmedro del otro, la Constitución reconoció expresamente el régimen de gananciales a estas uniones, en cuanto les sea aplicable. Con esto, fenómenos como el comentado se verían refrenados, brindando una dimensión de equidad a las uniones fácticas. Pero esta no sería la única obligación que se generaría entre los convivientes, como observaremos más adelante, la propia dinámica de la convivencia encuadrada en la disposición constitucional, implica el cumplimiento de ciertas acciones, por parte de los integrantes de la unión.

Dicho esto, es pertinente analizar el artículo 5.º de la Carta fundamental que recoge la unión de hecho de la siguiente manera;

“La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.”

Importante doctrina ha considerado que la unión de hecho puede distinguirse de la siguiente manera; concubinato en sentido estricto (propio o puro) y concubinato en sentido amplio (impropio o concubinato adulterino). El primero de ellos supone que los individuos que conforman las uniones de hecho no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio. Es decir, se encuentran aptos para asumir el matrimonio. En cambio, el segundo caso abarca a aquellas parejas que no podrían contraer nupcias debido a que uno de ellos o los dos tiene ya un vínculo matrimonial con tercera persona, o se encuentran impedidos de casarse por cualquier otra causal. Estando a lo expuesto por la Constitución es claro que nos encontramos ante un concubinato en sentido estricto, puro o propio.

De igual forma se observa, que se trata de una unión monogámica heterosexual, con vocación de habitualidad y permanencia, que conforma un hogar de hecho. Efecto de esta situación jurídica es que, como ya se expuso, se reconozca una comunidad de bienes concubinarios, que deberá sujetarse a la regulación de la sociedad de gananciales.

Ahora bien, el formar un hogar de hecho comprende compartir habitación, lecho y techo. Esto es, que las parejas de hecho lleven su vida tal como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad y vida sexual en un contexto de un fuerte lazo afectivo. Las implicancias de ello se verán reflejadas en el desarrollo de la convivencia, que deberá basarse en un clima de fidelidad y exclusividad. Se excluye por lo tanto, que alguno de los convivientes estén casado o tenga otra unión de hecho.

La estabilidad mencionada en la Constitución debe traducirse en la permanencia, que es otro elemento esencial de la unión de hecho. Siendo ello así, la unión de hecho, debe extenderse por un período prolongado, además de ser continua e ininterrumpida. Si bien la Constitución no especifica la extensión del período, el artículo 326° del CC sí lo hace, disponiendo como tiempo mínimo 2 años de convivencia. La permanencia estable evidencia su relevancia en cuanto es solo a partir de ella que se puede brindar la seguridad necesaria para el desarrollo adecuado de la familia.

De otro lado, la apariencia de vida conyugal debe ser pública y notoria. No se concibe amparar la situación en donde uno o ambos integrantes de la unión de hecho pretenden materializarla soterradamente³²⁸.

³²⁸ STC 06572-2006-PA, FJ 12-19.

8.1. Hogar de hecho o sociedad concubinaria de bienes

Tales son las consecuencias de la formación de un hogar de hecho entre personas con capacidad nupcial. De ahí que se generen vínculos patrimoniales otorgados expresamente por el legislador constituyente. Así, el reconocimiento de la comunidad de bienes, implica que el patrimonio adquirido durante la unión de hecho pertenecen a los dos convivientes. Con ello se asegura que a la terminación de la relación, los bienes de tal comunidad pueda repartirse equitativamente, con lo que se erradicarían los abusos e impediría el enriquecimiento ilícito.

No obstante, es de resaltar que estos efectos patrimoniales surgen de la comunidad de vida que llevan los convivientes. Esta comunidad debe ser comprendida como la coincidencia de fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en un “aparente matrimonio.” De lo que se infiere que existe también ciertas obligaciones no patrimoniales. Por ejemplo, como ya se observó, la configuración constitucional de esta unión libre genera un deber de fidelidad entre quienes la conforman.

De igual modo, sería una interpretación bastante constreñida de la Constitución el concebir que en una unión de hecho no exista, por ejemplo, obligaciones de cooperación o de tipo alimentaria. Contémplese sino la situación en que uno de los convivientes requiera los auxilios pertinentes del otro por caer enfermo. Más aun, no debe dejarse de observar que frente a la terminación de la unión, por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimenticia [art. 326 CC]. Es decir, frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución.

En suma, debe enfatizarse que la unión de hecho genera una dinámica a partir de la cual se originan dependencias entre los convivientes. Por ejemplo, es muy común que se dé el caso en donde uno de ellos se ocupe de las labores que exige el hogar, dejando de lado el ámbito laboral, mientras que la pareja, se desarrollará en el espacio profesional, cumpliendo la tarea de brindar los medios económicos que sustenten la vida en comunidad. Esta sinergia incluye pues un deber de asistencia mutua³²⁹.

³²⁹ STC 06572-2006-PA, FJ 20-23.

9. MATRIMONIO

9.1. Promoción constitucional

“[...] [L]a Constitución ordena la promoción del **matrimonio**, para que se siga una formalidad establecida en la norma interna, y, asimismo, destaca como ideal que toda familia esté conformada matrimonialmente. Hablando del Estado y de la comunidad, señala en el artículo 4.º que
(...) También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad [...]”³³⁰

9.2. Protección constitucional

“[...] [L]a protección constitucional que sobre el **matrimonio** pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo [...]”³³¹

9.3. Límites de preservación del matrimonio

“[...]No [se] considera legítima la preservación de un **matrimonio** cuando para lograrla, uno de los cónyuges deba sufrir la violación de sus derechos fundamentales, derechos que son inherentes a su calidad de ser humano [...]”³³²

9.4. La protección de los derechos sobre la costumbre

“[...] [E]n cuanto a la costumbre, si bien es cierto que en algunos lugares del territorio peruano, o entre algunas parejas, socialmente se acepta la violencia del marido sobre la mujer, ello no justifica que el Estado recoja esa costumbre por el simple hecho de ser tal, y la plasme legislativamente, porque es deber del Estado y de este Tribunal orientar a la sociedad peruana hacia un status cada vez más civilizado y justo. Costumbres que vulneran derechos fundamentales como el de la integridad física y psicológica, el de la igualdad de los seres humanos, el de la dignidad personal y el derecho a gozar de una vida en paz, deben ser erradicadas de la sociedad por el Estado. La violencia entre marido y mujer, sin importar dónde ocurra, o qué arraigada esté, es siempre violatoria de tales derechos constitucionales que protegen a los seres humanos, todos ellos con dignidad, tengan o no cultura, tengan o no educación, tengan o no el peso de una costumbre primitiva y degradante [...]”³³³

³³⁰ STC 03605-2005-AA, FJ 3

³³¹ STC 03605-2005-AA, FJ 3

³³² STC 0018-1996-AI, FJ 2

³³³ STC 0018-1996-AI, FJ 2

9.5. Valores constitucionales que están por encima de la preservación del vínculo matrimonial

“[...] [E]l derecho personal a la integridad física, síquica y moral, el derecho al honor, a la dignidad personal y a la buena reputación, el derecho a una vida tranquila y en paz y el derecho a la igualdad entre los seres humanos, son valores más altos, constitucionalmente, que la finalidad legítima de preservar el vínculo matrimonial[...]”³³⁴

9.6. Importancia de la institución del matrimonio

“La normatividad constitucional y supranacional nos permite apreciar la importancia de la institución del matrimonio, lo que nos deriva al Código Civil (artículo 326.º), el cual reconoce al cónyuge sobreviviente los mismos derechos de legítima que los ascendientes y descendientes con el objeto de reforzar la institución matrimonial [...]”³³⁵

9.7. Protección constitucional especial

“[...] [C]uando dicho precepto fundamental establece que el “Estado protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional. [...]”³³⁶

“[...] [L]a protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido. [...]”³³⁷

10. TEORÍA DE LOS HECHOS CUMPLIDOS

10.1. Consagración en nuestra Constitución

“[...] [N]uestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, consagrada en el artículo 103º de nuestra Carta Magna, por lo que una norma posterior puede modificar una norma anterior que regula un

³³⁴ STC 0018-1996-AI, FJ 2

³³⁵ STC 03605-2005-PA, FJ 5

³³⁶ STC 2868-2004-AA, FJ 13

³³⁷ STC 2868-2004-AA, FJ 13

determinado régimen laboral. Así por ejemplo ha señalado que “(...) conforme a la reforma del artículo 103º de la Constitución, la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. En ese sentido, la Constitución consagra la **tesis de los hechos cumplidos**”³³⁸

10.2. Alcances de su aplicación

“[...] [E]ste Tribunal ha pronunciado en reiterada jurisprudencia que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, estableciendo que “(...) nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes’ (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2). Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse la **teoría de los hechos cumplidos** y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas” [...]

Se colige de ello que toda norma jurídica desde su entrada en vigencia es de aplicación a las situaciones jurídicas existentes, y que la teoría de los derechos adquiridos tiene una aplicación excepcional y restringida en nuestro ordenamiento jurídico, pues únicamente se utiliza para los casos que de manera expresa señala la Constitución, tal como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional cuando determinó que “(...) la aplicación ultractiva o retroactiva de una norma sólo es posible si el ordenamiento lo reconoce expresamente –a un grupo determinado de personas- que mantendrán los derechos nacidos al amparo de la ley anterior porque así lo dispuso el Constituyente –permitiendo que la norma bajo la cual nació el derecho surta efectos, aunque en el trayecto la norma sea derogada o sustituida-; no significando, en modo alguno, que se desconozca que por mandato constitucional las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario oficial (...)”³³⁹

³³⁸ STC 00025-2007-PI, FJ 89

³³⁹ STC 00025-2007-PI, FJ 72 y 73



RESUMEN

En esta unidad, hemos podido comprobar que, como consecuencia de la transversalización del Derecho Constitucional hacia el Derecho Civil, la otrora autonomía autárquica de esta última rama del Derecho ha cedido su paso a una lectura del Derecho Civil “en clave constitucional” que permite optimizar derechos tales como al matrimonio, a fundar una familia, a la libertad de contratar y libertad contractual, entre otros aspectos. En ese contexto, esta “constitucionalización del Derecho Civil”, exige preguntarnos por determinadas normas constitucionales cuyo significado primigenio se ubica en los predios del Derecho Civil, pero también, a la inversa, estos conceptos propios del Derecho Privado deben ser interpretados armónicamente con los principios constitucionales que forman parte del Derecho Civil Constitucional. Ésta es, pues, una manifestación más del enfoque transversal del Derecho Constitucional, y que exige al juez ordinario considerar esa irradiación de los principios y valores constitucionales en todas las normas que forman parte del Derecho Civil.



AUTOEVALUACIÓN

1. En su concepto, una “cláusula contractual” manifiestamente abusiva y violatoria de derechos constitucionales, ¿podría ser inaplicable vía control difuso a través de un proceso de amparo contra norma legal?
2. ¿Cuáles son los alcances de la protección constitucional a la institución del “matrimonio” que le confiere la Constitución Política del Perú?
3. ¿Cuál es el contenido del derecho a fundar una familia, y quiénes son sus titulares?
4. ¿Cuál es la noción de “familias reconstituidas”, y cuál es la protección que les brinda la Constitución?

UNIDAD V

UNA PROPUESTA DE TRANSVERSALIZACIÓN DE CÓMO APRECIAR LOS PROCESOS DE AMPARO A TRAVÉS DE SUS TIPOLOGÍAS*

* Este trabajo es tomado del capítulo decimosexto del libro del autor, ETO CRUZ, Gerardo: *Tratado del proceso constitucional de amparo*, 2ª edición actualizada y revisada, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 393-522.

PRESENTACIÓN

Uno de los principales avances del Derecho Procesal Constitucional en nuestro país, es aquel que se vislumbra en el extraordinario desarrollo dogmático y jurisprudencial del proceso de amparo. Esa expansión de este proceso de la libertad (según la clásica división de Mauro Cappelletti), ha tenido una expresión muy acentuada en la formación de una suerte de “tipologías” del proceso de amparo, que se ha construido conforme a los derechos que han sido objeto de atención por el Tribunal Constitucional en el marco de dicho proceso constitucional. En tal sentido, a la actualidad, podemos concluir que un efecto de irradiación o “transversalización” del Derecho Constitucional en el Derecho Procesal Constitucional es, precisamente, las “tipologías del amparo”, cada una de las cuales tiene una serie de presupuestos específicos para su procedencia, a través de reglas que o bien han sido directamente establecidas por el Código Procesal Constitucional, o bien han sido creadas pretorianamente por la doctrina jurisprudencial del Supremo Intérprete de la Constitución. Esta última unidad, por tanto, pretende dar al lector una visión panorámica, pero exhaustiva, de estos distintos tipos de amparo que viene conociendo la doctrina jurisprudencial del TC.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuál es la importancia de clasificar a los distintos tipos de amparo, a partir de criterios comunes o compartidos? Explique brevemente.
2. ¿De qué modo la “tipología” de los procesos de amparo constituye una manifestación de la “transversalización” del Derecho Constitucional? Explique según sus propias palabras.
3. ¿Cuál es la lectura que ha dado el Tribunal Constitucional al concepto de “amparo judicial”, y cómo trasluce ello el enfoque transversal del Derecho Constitucional?
4. ¿Cuál es el alcance y límite de la actividad del juez constitucional al momento de realizar el control constitucional del Estado o de los particulares, dependiendo de la rama del derecho a la cual pertenece el acto lesivo cuestionado?.

1. INTRODUCCIÓN

¿Cabe a estas alturas hablar de una clasificación en torno a los procesos de amparo? ¿Es posible que, según los criterios que se asuman, se puedan encontrar una suerte de *modalidades* o *tipologías* de este proceso?

Por principio, a nivel de la comparativa son diversos los autores que desde perspectivas singulares ensayan una especial clasificación del amparo en sus respectivos sistemas de jurisdicción constitucional.

La idea no es descabellada, pues el legislador peruano impetró en la configuración normativa del hábeas corpus una clasificación o tipos de este singular proceso constitucional³⁴⁰. Y la doctrina, posterior a la promulgación del Código Procesal Constitucional, no solo hoy reconoce modalidades específicas de hábeas corpus³⁴¹, sino que incluso ha empezado, a partir de dicho delineamiento, a trabajar estas clasificaciones. Y ni qué decir de la doctrina del TC que desde hace tiempo ha venido delineando estas tipologías de hábeas corpus³⁴²; como incluso y mucho más recientemente, tipologías en el ámbito del proceso de hábeas data³⁴³.

³⁴⁰ Si bien el Código Procesal Constitucional no ha recogido expresamente una “*tipología*” del hábeas corpus, en el capítulo dedicado a este proceso constitucional existen una serie de normas que definirían una suerte de diferencia en el objeto del hábeas corpus (aún cuando todos los derechos enunciados sean conexos con la integridad y libertad personal) pasible de ser materia de una clasificación. Así por ejemplo, en el artículo 25 relativo a los derechos protegidos por el hábeas corpus, el inciso 13 recoge la procedencia del hábeas corpus contra el seguimiento policial y la vigilancia domiciliaria injustificados o arbitrarios, que se encuadra dentro de lo que la doctrina conoce como “*hábeas corpus restringido*”. Por otro lado, el inciso 17 del mencionado artículo ha previsto la interposición del hábeas corpus contra la forma de tratamiento irrazonable o desproporcionada en la aplicación de la pena, lo cual es ubicado por la doctrina en la figura del “*hábeas corpus correctivo*”. Del mismo modo, cuando el Código alude en el inciso 14 al derecho a la excarcelación del detenido, ordenada por el juez, la doctrina ha ubicado esta causal de procedencia dentro del llamado “*hábeas corpus traslativo*”. Finalmente, el Código ha dispuesto en el artículo 32 un trámite especial para el hábeas corpus contra la desaparición forzada de personas, y que la doctrina ha dado en denominar “*hábeas corpus instructivo*”.

³⁴¹ Vid. HUERTA GUERRERO, Luis: “Tipos de *habeas corpus* en el ordenamiento jurídico peruano”, en AA.VV.: *En defensa de la libertad personal. Estudios sobre el habeas corpus*, Luis Castillo Córdova (Coordinador), Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 5, Palestra, Lima, 2008, pp. 89-105.

³⁴² El Tribunal Constitucional peruano ya desde la STC 2663-2003-HC/TC (F.J. 6), caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca, empezó a delinear una tipología del hábeas corpus que sentó hasta en ocho tipos: a) Hábeas corpus reparador, b) Hábeas corpus restringido, c) Hábeas corpus correctivo, d) Hábeas corpus preventivo, e) Hábeas corpus traslativo, f) Hábeas corpus instructivo, g) Hábeas corpus innovativo, h) Hábeas corpus conexo.

³⁴³ Vid. al respecto la STC 6164-2007-HD/TC, caso Jhonny Robert Colmenares Jiménez. La doctrina extranjera, sobre todo argentina, ha efectuado una clasificación de modalidades de hábeas data, sobre todo a partir de los aportes de SAGÜES, Néstor Pedro: “El Habeas Data en Argentina (orden nacional)”, en *Ius et praxis*, Año 3, N° 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Talca, pp. 137-150; PUCCINELLI, Oscar Raúl: “Versiones, tipos, subtipos y subespecies de hábeas data en el derecho latinoamericano (Un intento clasificador con fines didácticos)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho*

No obstante, en el caso del proceso constitucional de amparo, el tema por principio no es pacífico. Con todo, antes de ensayar un boceto y desarrollo de las modalidades de amparo, nos vamos a permitir desarrollar, preliminarmente, algunas reflexiones sobre las clasificaciones desde una orilla epistémica.

2. LA VASTA UTILIDAD O INUTILIDAD DE LAS CLASIFICACIONES: UN INTERMEZZO REFLEXIVO.

Hace mucho tiempo anotaba George Berkeley que: “tan pronto como nos separamos de los sentidos y del instinto para seguir la luz de un principio superior, para razonar, meditar y reflexionar sobre la naturaleza de las cosas, surgen miles de dudas en nuestras mentes en relación con aquellas cosas que antes nos parecía comprender totalmente. Por todas partes se descubren ante nuestros ojos prejuicios y errores de los sentidos; y al tratar de corregirlos por medio de la razón desembocamos, sin darnos cuenta, en extrañas paradojas, dificultades e inconsistencias que se multiplican y nos desbordan, a medida que avanzamos en la especulación, hasta que, al fin, después de haber vagado por muchos intrincados laberintos, nos encontramos exactamente donde estábamos, o, lo que es peor, situados en un escepticismo desolador”³⁴⁴.

Este escepticismo hoy ha sido superado a partir de la revolución científica que supuso la transformación de la *concepción teocéntrica* del mundo en una *concepción antropocéntrica*; o lo que es lo mismo en la transformación de la sociedad medieval en moderna y que fue iniciada en el siglo XVII.

Esta transformación ha sido el resultado de la emergencia de una nueva actitud hacia la naturaleza a través de un nuevo pensamiento científico y cuyos depositarios de la revolución científica³⁴⁵ fueron, entre otros: Andrés Vesalio

Procesal Constitucional, N° 1, México, 2004, pp. 93-116. A nivel local, la tipología del hábeas data ha sido desarrollada por PALMA ENCALADA, Leny: “El proceso de habeas data en el diseño del Código Procesal Constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional peruano (Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde)*, T. I; José Palomino Manchego (Coordinador), Grijley; Lima 2006, pp. 673 y ss.; CARRASCO ALARCÓN, Luis Alberto: *El Hábeas Data frente a los abusos del poder informático (análisis, jurisprudencia y casos prácticos)*, Gráfica Espinal, Lima, 2008, vid. especialmente el capítulo “Modalidades y subtipos de hábeas data”.

³⁴⁴ BERKELEY, George: *Tratado sobre los principios del conocimiento humano*, Introducción, Traducción y Notas de Concha Cogolludo Mansilla, Editorial Gredos, Madrid, 1982, pp. 27-28.

³⁴⁵ La “revolución científica” es una expresión de antigua data. Con todo, su verdadero significado es tributario al influjo de tres libros famosos: *Los orígenes de la ciencia moderna* de Herbert Butterfield, publicado por primera vez en 1949, *La revolución científica* de A. Rupert Hall publicado en 1954, y *La estructura de las revoluciones científicas* de Thomas S. Kuhn de 1962.

(1514-1564), Galileo Galilei (1564-1642), William Harvey (1578-1657), Isaac Newton (1642-1727), Robert Hooke (1635-1702) y Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716).

Y si bien los autores citados fueron los científicos de la revolución científica, destaca en la historiografía de la evolución de las ideas, los llamados “filósofos” de la revolución científica, aun cuando en el siglo XVII resulta ciertamente complicado distinguir a un científico de un filósofo, en tanto predominó una nueva especie por aquella época, híbrido donde el hombre de la ciencia filosofaba y viceversa. Con todo, bien cabe identificar aquí a Francis Bacon (1561-1626), René Descartes (1596-1650), John Locke (1632-1704), George Berkeley (1685-1753), David Hume (1711-1776) y Emmanuel Kant (1724-1804).

Viene todo este marco introductorio a colación, por cuanto, desde la historia y cronología de la ciencia³⁴⁶ y los descubrimientos el hombre ha tratado de entender el fenómeno de las cosas y, a partir de allí, ensayar múltiples maneras de clasificar un campo de relaciones o fenómenos.

De antemano, baste recordar que la clasificación de objetos o de conceptos es una práctica científica de suyo antigua. Y de hecho se le considera como una de las más primitivas³⁴⁷. Así, Aristóteles, por ejemplo, en el 350 a.c. formuló una clasificación sorprendente en torno a los animales³⁴⁸, aun cuando en 1691 John Ray (1607-1705) formuló una clasificación de los animales de manera lógica³⁴⁹; y ya en 1686 este mismo naturalista inglés formularía una moderna clasificación del reino vegetal³⁵⁰.

Por principio la clasificación de por sí es una actividad científica que muchas veces es una primera etapa en la vía de la explicación, pero también a veces es la etapa final, que saca a la luz el orden obtenido gracias a una teoría dada. Y así se puede seguir verificando cronológicamente el avance de la

³⁴⁶ DE ASÚA, Miguel (Introducción y selección de textos): *La historia de la ciencia. Fundamento y transformaciones*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993; vid. en especial a TANNERY, Paul: “Acerca de la historia general de las ciencias”, pp. 45 y ss.

³⁴⁷ ALLÈGRE, Claude: *Diccionario del amante de la ciencia*, Traducción de José Miguel González Marcén, Paidós, Barcelona, 2008, vid. la voz “clasificación”, p. 171.

³⁴⁸ Aristóteles fue un cuidadoso observador que se sentía fascinado por la tarea de clasificar las especies animales disponiéndolas jerárquicamente. Se ocupó de más de 500 especies y diseccionó casi 50. Su método de clasificación era razonable y, en cierto sentido, sorprendentemente moderno. Vid. a ASIMOV, Isaac: *Historia y cronología de la ciencia y los descubrimientos. Como la ciencia ha dado forma a nuestro mundo*, Traducción de Vicente Villacampa, Actualización (1989-2007) a cargo de Anna Marta Roca I Castellà, 1ª edición actualizada, Ariel, Barcelona, 2007, p. 55.

³⁴⁹ ASIMOV, Isaac: *Historia y cronología de la ciencia y los descubrimientos*, op. cit., p. 206.

³⁵⁰ ASIMOV, Isaac: *Historia y cronología de la ciencia y los descubrimientos*, op. cit., p. 227. Lo propio Teofrasto, ya en el año 320 a.C. había formulado una clasificación del mundo de las plantas, vid. ASIMOV, Isaac: *Historia y cronología de la ciencia y los descubrimientos*, op. cit., p. 56.

ciencia y en donde se encuentra un sinnúmero de clasificaciones de distinta naturaleza.

Para clasificar objetos, conceptos o categorías se debe partir sobre la base de determinados criterios. En tal perspectiva, se puede afirmar, por tanto, que no hay una clasificación objetiva. Sin embargo, toda clasificación está fundada sobre un soporte teórico consciente o inconsciente. Las clasificaciones se gestan en virtud a observaciones o a modelos teóricos y ninguna observación es significativa si no está sostenida por una teoría³⁵¹.

De antemano conviene aclarar, epistemológicamente que, toda clasificación no es, en puridad, verdadera o falsa; o buena o mala; sino que ellas son útiles o inútiles; por lo que si una clasificación es inidónea, simplemente no resulta útil a los cometidos y por lo tanto se puede desechar a fin de obtenerse luego otra más depurada, idónea o apropiada.

Al respecto ya Genaro Carrió observó agudamente que “las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son *serviciales* o *inútiles*; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rico en consecuencias prácticas deseables”³⁵².

El mismo autor señala que entre los desacuerdos de los juristas una de las más acendradas disputas es la que se refiere a las clasificaciones. “Éste es un vicio que no es privativo de los juristas, pero asume entre ellos rasgos particularmente nocivos”³⁵³. Y ello es así en la medida en que, en el mundo del derecho, en casi todas las vertientes disciplinarias se desarrollan clasificaciones, muchas de las cuales dimanar del prestigio y la tradición. Así se cree que determinada clasificación constituye la *verdadera* forma de agrupar las reglas y los fenómenos, en lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de éstos. Anota Genaro Carrió: “Los fenómenos –se cree- deben acomodarse a las clasificaciones y no a la inversa”³⁵⁴.

Asumiendo los reparos de Carrió, pero tomándolos como advertencia, lo que en el presente capítulo esbozamos es una propuesta de identificar *tipos* o *modalidades* de procesos de amparo, en el entendido que no es una

³⁵¹ ALLÈGRE, Claude: *Diccionario del amante de la ciencia*, op. cit., p. 173.

³⁵² CARRIÓ, Genaro: *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 5ª edición, Lexis-Nexis y Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 99.

³⁵³ CARRIÓ, Genaro: *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, op. cit., pp. 98-99.

³⁵⁴ CARRIÓ, Genaro: op. cit., p. 99.

clasificación apodíctica o axiomática, sino didáctica y práctica. La clasificación que aquí presentamos, entonces, es una referencia en función a determinados criterios, que aquí nos encargaremos primero de explicitar, para luego abordar, uno a uno, los distintos tipos de amparo que surgen de estos criterios de clasificación.

Tendríamos, sin embargo, que apuntar que la cobertura que tiene el amparo en el Perú hoy es cada vez más compleja. Desde la acepción primigenia que le asignara las primeras disposiciones que introdujeron este instrumento procesal en nuestro país, el amparo ha sufrido profundos cambios, principalmente con motivo de su inserción en un nuevo escenario de desarrollo del Estado Constitucional. Así, merced a, entre otros factores, la constitucionalización del orden jurídico y la doctrina jurisprudencial de la inexistencia de zonas exentas del control constitucional, el amparo ha sufrido, pese a los intentos legislativos y jurisprudenciales de restricción de carácter procesal, una progresiva ampliación de su ámbito de protección.

Tomando como base dicho escenario constitucional que, por cierto, tiene conexiones con el estatus mismo del constitucionalismo en la actualidad y sobre la cual volveremos más adelante, hemos desarrollado la siguiente clasificación que, propedéuticamente puede ser útil.

3. PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LAS TIPOLOGÍAS DE AMPARO.

A. Según la materia.

Aquí el criterio que determina la clasificación del amparo está en función del contenido de lo que jurisdiccionalmente se resuelve. Si bien ha de entenderse que todo tipo de amparo, a tenor de lo que dispone el artículo 5.1. del C.P.Const. concordante con el artículo 38, debe estar orientado a proteger un derecho de contenido constitucional directo, así como el contenido constitucionalmente protegido del mismo; sin embargo, se trata aquí de la *identificación* de determinados contenidos *ius-fundamentales* inscritos en concretos segmentos del ordenamiento jurídico. Desde luego, estas materias tienen un contenido constitucional, pero su temática es propia de una especificidad jurídica autónoma.

Cuando ya hace doscientos años Pellegrino Rossi expresara que la Constitución era la cabecera de todos los capítulos del ordenamiento jurídico, premonitoriamente estaba señalando lo que hoy el neoconstitucionalismo

identifica como la “constitucionalización del orden jurídico”. Estos aspectos son de suyo importantes para poder tener en cuenta, en clave, que si bien el amparo como proceso constitucional pretende tutelar derechos fundamentales, éstos en rigor no se reducen a una simple tutela de los derechos constitucionales tal como están prefigurados en los textos constitucionales; sino que hoy se puede apreciar que su concretización definitiva se debe buscar en el archipiélago del sistema jurídico, donde los diversos contenidos ius-fundamentales se van a ver regulados a nivel legislativo en ámbitos jurídicos insospechados, como pueden ser las materias civil, penal, laboral, tributaria, etc. Como sostuviera también en su momento Peter Häberle, los derechos fundamentales no agotan su contenido en lo que la Constitución literalmente prescribe sobre ellos, sino que es el legislador el que va a determinar sus alcances concretos en los diversos ámbitos del ordenamiento jurídico³⁵⁵.

Bajo este norte, no se trata sólo -en la concepción propugnada por el neoconstitucionalismo- de tener a la Constitución como un *marco* que limite la acción de los poderes públicos (*Constitución marco*), sino como una norma que *impregne* todas las esferas del sistema jurídico con el objeto de que todas las normas encuentren un encaje y una inspiración en los valores, principios y derechos que la Constitución encarna (*Constitución programa*). En este contexto, una identificación del amparo a través de una *tipología específica* que asuma esta segmentación material del orden jurídico, se justifica plenamente y adquiere especial utilidad y relevancia práctica, en tanto así como podemos hablar de la “constitucionalización del derecho penal”, la “constitucionalización del derecho civil”, la “constitucionalización del orden laboral” o la “constitucionalización del derecho tributario”, también podemos aludir a que cada uno de estos *órdenes constitucionalizados* se patentiza a través de una específica *forma* de amparo; por lo que podemos considerar la

³⁵⁵ Apelando a la *concepción institucional* de derechos fundamentales, Häberle ha hablado de *ámbitos vitales jurídicamente conformados* donde el legislador completa y configura el contenido de los derechos. Así Häberle ha sostenido que “Los singulares ámbitos vitales se enriquecen a través de una serie de complejos normativos, que son propios del modo de ser de los derechos fundamentales como institutos. Los derechos fundamentales se transforman, por medio de estas normas jurídicas, en algo “instituido”, en una “existencia organizada, formada”. En otro contexto se expone de qué modo actúa el legislador en el ámbito de los derechos fundamentales, en especial para limitarlos y conformarlos (“determinarlos”). En este momento basta con observar que el legislador tiene una participación considerable en el desarrollo de la dimensión institucional de los derechos fundamentales. Constituye los singulares ámbitos vitales; proporciona a los derechos fundamentales una existencia duradera; crea los complejos normativos –necesarios, evidentemente, con una diversa “densidad” en cada caso- que hacen realidad la idea de derechos fundamentales en los singulares ámbitos sociales; regula bienes jurídicos –por ejemplo, los tipos de contratos en el Derecho civil, las diferentes regulaciones de la profesión y las formaciones sociales- que son constitutivos para los derechos fundamentales como institutos y no constituyen simplemente una “transformación” de los derechos fundamentales, sino que son su realización efectiva” (Cfr. HÄBERLE, Peter: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Traducción de Joaquín Brage Camazano, Presentación y Estudio Preliminar de Francisco Fernández Segado, Dykinson, Madrid, 2003, p. 115).

existencia de un “amparo laboral”, un “amparo tributario” o un “amparo previsional”, entre otros.

De allí que hoy se hable de una *eclosión del derecho constitucional* y que se expresa en diversas manifestaciones; ello permite enjuiciar con el debido lente inquisidor que cualquier derecho de contenido directamente constitucional involucra alguna materia de un específico ordenamiento jurídico cualificado como el civil, penal, laboral, comercial, administrativo, tributario, etc.

El fundamento de lo que hasta aquí se viene sosteniendo radica pues en la “constitucionalización del orden jurídico”, que debe entenderse como aquel proceso de permanente interpretación y transformación de un ordenamiento al término del cual éste resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Anota Riccardo Guastini que “un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*) capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”³⁵⁶.

En la misma tesitura, aclara Guastini que el concepto de constitucionalización no es un concepto bipolar (verdadero o falso) lo que significaría que determinado ordenamiento está constitucionalizado o no. En rigor, “la constitucionalización es una cuestión de grado en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado”³⁵⁷.

En dicho contexto, Guastini ha precisado que existen determinadas condiciones que permiten considerar que determinado ordenamiento se encuentra “impregnado” por las normas constitucionales y son las siguientes:



³⁵⁶ GUASTINI, Riccardo: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (Editor), Trotta, Madrid, 2003, p. 49.

³⁵⁷ GUASTINI, Riccardo: op. cit., p. 50.

Y aclara que los dos primeros, a) y b), son condiciones necesarias de constitucionalización; lo cual significa que no pueda hablarse de constitucionalización en ausencia de estas condiciones. Las demás, desde la c) hasta la g) son condiciones suficientes de un grado de constitucionalización mayor o menor³⁵⁸.

Interesa, por otro lado y en esta lógica, rescatar la propuesta de Luis Prieto Sanchís sobre “el constitucionalismo de los derechos”³⁵⁹, la cual también nos permite explicar el criterio de clasificación por la materia que aquí venimos abordando. En efecto, hoy por hoy el atractivo filón de reflexiones que presenta el neoconstitucionalismo, aprecia el fenómeno jurídico desde una óptica distinta, opuesta e incluso confrontacional con la que hasta hace muy poco dominó casi toda la escena del pensamiento jurídico: el positivismo jurídico; lo que ha dado pie a la incorporación de un rico filón de la retórica y el discurso práctico racional: la *teoría de la argumentación jurídica*, que ha completado el *método jurídico* con elementos propios de otras ramas del saber como la moral y la lógica, además de la retórica, y que ha llevado a muchos a hablar de la existencia de un nuevo *paradigma* en la ciencia jurídica³⁶⁰, surgida justamente a raíz del auge de este fenómeno de constitucionalización del orden jurídico del que habla el profesor Guastini.

Es precisamente la ubicación de la teoría de la argumentación jurídica como nueva rama del saber jurídico la que ha permitido efectuar una interpretación de la Constitución en clave de principios y no sólo de reglas, pertrechando a aquellos de un instrumento adecuado para su aplicación directa. La asunción del método de la ponderación como método que permite interpretar y aplicar los principios inscritos en la Constitución, la mayoría de los cuales están presentes en forma de derechos fundamentales, genera una sobreinterpretación de la Constitución, como expresa Guastini, y una inundación del ordenamiento jurídico de los contenidos ius-fundamentales que la interpretación constitucional trae consigo.

³⁵⁸ GUASTINI, Riccardo: op. cit., p. 50-57.

³⁵⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, Número 71, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, mayo-agosto del 2004, pp. 47 y ss.

³⁶⁰ Sobre el cambio de paradigma producido en la ciencia jurídica, producto del abandono de la cultura jurídica normativista y del método jurídico formal, y del acogimiento de la argumentación racional como nuevo método jurídico, ha planteado interesantes reflexiones, entre otros, Joseph Aguiló. Este destacado jurista español ha expresado este cambio de paradigma jurídico en los siguientes términos: “En definitiva, he tratado de mostrar que la importancia que en los últimos tiempos han adquirido dentro de la reflexión jurídica cuestiones tales como la del papel de los principios jurídicos en el razonamiento jurídico, la de la argumentación jurídica en la determinación de la validez jurídica, la de la relativización de la oposición entre creación y aplicación de las normas, la de la juridificación de la política, etc., se debe a que todas ellas son manifestaciones de un cambio profundo en nuestra concepción del Derecho y que este cambio está muy vinculado a la evolución del constitucionalismo” (Cfr. AGUILÓ REGLA, Joseph: *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra – Temis, Lima – Bogotá, 2004, p. 177).

En este contexto, como ya hemos sostenido líneas arriba, el fenómeno de la constitucionalización del orden jurídico nos lleva a registrar una concepción de la Constitución no sólo como marco, sino también como programa o, lo que es lo mismo, a la consideración de una *Constitución material*, que se expresa a través de una serie de contenidos altamente densos, formados no sólo por reglas sino también por valores y principios, que no sólo le dicen al poder político o a los particulares lo que no pueden hacer, sino que también le indican lo que deben hacer o, mejor dicho, las decisiones que deben tomar³⁶¹. Por otro lado, esta amplitud en la *capacidad regulativa* de la Constitución se ha complementado en la actualidad con su *garantía jurisdiccional*, lo que significa sencillamente que, como ocurre con cualquier otra norma primaria, su protección o efectividad se encomienda a los jueces; quienes evaluarán la validez de las normas ya no sólo en función de su compatibilidad con los procedimientos establecidos para su dación, sino también en atención a su encaje con los contenidos materiales que el texto constitucional recoge³⁶².

Es en este contexto, de emergencia de órdenes jurídicos constitucionalizados o, en palabras de Häberle, de ámbitos vitales constitucionalmente conformados donde se justifica el planteamiento de una tipología especial de amparo por la materia y que no hace más que recoger el desarrollo temático que en muchas ocasiones le brinda la jurisprudencia constitucional al amparo. Así, bajo este criterio material, bien se pueden encontrar las siguientes modalidades de amparo:



³⁶¹ PRIETO SANCHÍS, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, op. cit., p. 48.

³⁶² Ibidem.

1. Amparo judicial.

1.1. Introducción.

Con la denominación “*amparo judicial*” se puede reconocer, en la doctrina y normativa comparada, hasta tres situaciones diversas: en primer lugar, con esta expresión se identifica a aquel medio de defensa procesal de derechos fundamentales que no se reconduce a través de la jurisdicción constitucional, sino que se desarrolla simplemente a través de las vías judiciales ordinarias. Un ejemplo claro de ello es el constituido por el artículo 53, párrafo segundo de la Constitución española que ha estructurado dos niveles de protección de los derechos fundamentales: el primero constituido por un recurso preferente y sumario establecido en la vía judicial ordinaria para la protección de los derechos fundamentales, y el segundo representado por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en caso no se haya brindado la protección debida en las vía judicial. Esta disposición contenida en el Texto Fundamental español ha llevado a la doctrina española a hablar de un “amparo constitucional” y un “amparo ordinario judicial”³⁶³.

En segundo lugar, también se ha utilizado el rótulo de “amparo judicial” para referirse a lo sucedido en el caso argentino, donde el instrumento procesal del amparo fue introducido por vía judicial, sin estar previamente recogido en la Constitución argentina. Así, en Argentina, emblemáticamente el amparo recibió el adjetivo de “judicial” por haber sido introducido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por medio del famoso caso “Samuel Kot”. Lo destacado de este precedente, precisamente radicó en el hecho de que la Corte Suprema se atribuyó la potestad de “crear” una vía procesal para la protección de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución argentina, y empezó a admitir la existencia de este recurso, aún cuando no existiese dispositivo legal o constitucional alguno que le habilitase dicha competencia³⁶⁴.

Por último, y en este sentido es que aquí utilizamos esta expresión, el “amparo judicial” constituye una modalidad de amparo por la materia, básicamente dirigido a cuestionar las decisiones judiciales, esto es, esta modalidad de amparo es *strictu sensu* lo que en la doctrina se conoce como el “amparo contra resoluciones judiciales”.

³⁶³ Vid. al respecto GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid, 2007, pp. 616 y ss.

³⁶⁴ Los detalles históricos de este caso y su tratamiento doctrinal puede verse en HOUSSAY, Abel: *Amparo judicial. El caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1961.

En un sentido amplio o genérico, lo que denominamos *amparo judicial* encuentra su principal expresión en el amparo contra “*resoluciones*” judiciales. Sin embargo, en un sentido más estricto y analítico, la nomenclatura utilizada hace referencia también a todo cuestionamiento de las “*conductas*” judiciales que vulneren derechos, sea que estas se traduzcan en “*actos*”, “*omisiones*” o “*amenazas*”.

Aunque no suele ser frecuente que las demandas de amparo se encuentren encaminadas contra variantes de omisión o amenaza atribuibles a las autoridades u órganos del Poder Judicial, no es imposible que tales incidencias puedan presentarse. Es lo que podría suceder, por ejemplo, cuando una corte se niega a administrar justicia dentro de un plazo razonable o si una autoridad judicial cualquiera sea su jerarquía actúa de una manera que pueda interpretarse como una amenaza cierta, probable e inminente sobre los derechos fundamentales de cualquier justiciable. En tales circunstancias, no se trata como es fácil de advertir de actuaciones judiciales formales concretizadas en *resoluciones judiciales*, sino de otro tipo de conductas que tienen como eje común, el provenir de la decisión de quienes administran justicia.

Hecha la salvedad anterior, queda claro que es en el ámbito de las resoluciones judiciales donde se concentra la mayor parte (la casi totalidad) de amparos del tipo comentado. Y es probablemente, a su vez, esta modalidad de amparo la que tiene mayor litigiosidad en términos planetarios. No existe proceso constitucional de amparo, allí donde impera la tesis permisiva (tanto dentro de la perspectiva débil o moderada como dentro de la fuerte), que no controle a las actuaciones judiciales, motivando ubérrimas demandas vía este excepcional proceso.

Al respecto, debe recordarse que desde el nacimiento del juicio de amparo en México, éste en su primera etapa evolutiva no comprendía al amparo contra sentencias; de allí que la transformación más importante fue la introducción de este mecanismo procesal en la impugnación de las resoluciones judiciales, por incorrecta aplicación de la ley secundaria. Y esto ocurrió debido a una serie de causas de carácter social y político que presionaron a la Suprema Corte de Justicia de México para aceptar una interpretación sumamente discutible del artículo 14 de la Constitución Federal de 1857.

Al respecto, el profesor Fix-Zamudio expresa:

“[Debido a todo lo anterior], los abogados acudieron a todos los medios, inclusive a la mencionada interpretación del artículo 14 constitucional, para sustraer los asuntos judiciales de las manos de los tribunales locales, aún tratándose de la aplicación de las leyes de los estados, para llevarlos a los tribunales federales a través del juicio de amparo y, finalmente, a la Corte Suprema de Justicia, que concentró así todos los asuntos judiciales del país, movimiento incontenible que llevó a la propia Suprema Corte a declarar inconstitucional el artículo 8 de la Ley de Amparo de 1869 que prohibió expresamente la interposición del juicio de amparo contra sentencias judiciales”³⁶⁵.

Con todo, en la actualidad cabe señalar tal como lo hemos precisado en el capítulo relacionado al amparo contra resoluciones judiciales, que el amparo judicial sólo es factible identificarlo allí en donde se ha previsto la posibilidad de que a través de un proceso rápido y expeditivo, se encaren algunas resoluciones judiciales –por lo general, sentencias- que afecten la tutela judicial o el debido proceso.

1.2. Conceptualización del amparo judicial.

Para los efectos de una definición genérica, bien podría señalarse que se trata de un proceso de amparo cuya particularidad radica en que el acto lesivo contra el que se dirige la acción es justamente una resolución de naturaleza jurisdiccional, en tanto ésta anida una ilegitimidad vía un acto lesivo de naturaleza constitucional; es decir, no puede esgrimirse un amparo contra resolución judicial si ésta viola algún principio o dispositivo legal, pues para tal supuesto existen los mecanismos internos como son los recursos procesales o los externos como son, en nuestro caso, la nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Sin embargo, en el marco del desarrollo jurisprudencial contemporáneo, no se descarta la posibilidad de que vía el *amparo judicial* se verifique la “regularidad” de una resolución judicial manifiestamente incoherente, arbitraria o irrazonable, aún cuando no se vulnere un precepto constitucional concreto – sino más bien un precepto legal-, caso en el cual nos encontramos ante la tutela de un derecho fundamental innominado de gran trascendencia en los estados constitucionales contemporáneos, como es el derecho a la interdicción a la arbitrariedad.

³⁶⁵ FIX ZAMUDIO, Héctor: *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, 2ª edición, Porrúa-UNAM, México, 1999, p. 14.

En este contexto, es necesario precisar que, en rigor, el *amparo judicial* puede versar sobre diversas materias, tantas como materias judiciales puedan existir. De este modo, a través del amparo judicial podrán ventilarse cuestiones que tienen que ver con el derecho laboral, el derecho societario, el derecho civil, el derecho minero, el derecho administrativo, entre otros; lo cual, sin embargo, no elimina el rigor epistémico de esta especial categoría de amparo. Lo que sucede es que el amparo judicial, por el carácter amplio con que ha sido acogido en nuestro sistema de jurisdicción constitucional, no se ha reducido a la verificación de la vulneración de derechos fundamentales procesales que es el ámbito material por excelencia de este tipo de amparo; sino que ha ampliado su radio de acción al examen de razonabilidad de todo tipo de decisión judicial, así como la compatibilidad que toda resolución jurisdiccional debe guardar respecto a cualquier derecho fundamental sustantivo y no sólo procesal. Con todo, el ámbito específico del *amparo judicial* se reconduce siempre al examen de una decisión judicial que, al margen de las determinaciones sustantivas correspondientes a cada materia judicial, posee un canon de evaluación especial determinado primero, como ya dijimos, por los derechos fundamentales procesales; y en segundo lugar, por un examen de razonabilidad, coherencia y suficiencia de las decisiones judiciales.

En rigor, una definición más constreñida a nuestro sistema de jurisdicción constitucional es que el amparo judicial está identificado por un acto lesivo expresado a través de una resolución judicial, la que debe ser *firme* y que se ha expedido con manifiesto agravio de la tutela procesal efectiva, entendida ésta como un concepto continente que abarca tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en sus vertientes de derecho al acceso a la justicia y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, como el derecho a un debido proceso, tanto en su dimensión procesal como en su dimensión sustantiva, que comprende como ya indicamos la razonabilidad de las resoluciones judiciales.

En este contexto, el TC peruano ha expresado que “[...] [l]a tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura,

entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso [...]”³⁶⁶.

La posición del TC la estimamos aquí equívoca pues la tutela procesal efectiva no está consagrada en la Constitución, sino más bien es un concepto omnicomprendivo, genérico creado al hilo del Código Procesal Constitucional que lo consagró precisamente para habilitar el supuesto de procedencia del amparo contra resoluciones judiciales y que comprende, como ya expresamos, tanto la tutela jurisdiccional efectiva como el debido proceso.

De allí que más bien en este otro fundamento de la misma sentencia, el TC pone las cosas en su lugar y aclarando los componentes de la tutela procesal efectiva sostiene:

“[...]La tutela procesal efectiva como derecho protegible dentro del ordenamiento constitucional tiene un claro asidero en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, reconduciendo y unificando lo dispuesto en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución, pues en éste se incluye separadamente el derecho al debido proceso y a la tutela judicial.[...]”³⁶⁷.

1.3. Ámbito de protección del amparo judicial.

El amparo judicial, por principio, se constriñe a enervar una resolución judicial que causa agravio a la tutela procesal efectiva, tal y conforme reza el artículo 4 del C.P.Const. Ahora bien, de acuerdo al diseño impetrado por el legislador, dichas resoluciones judiciales deben ser firmes³⁶⁸. Enunciativamente el Código ha dotado a este tipo de amparo de un ámbito de protección material representado por los siguientes derechos:

“El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo (...)”

³⁶⁶ STC 6712-2005-PHC, FJ 13.

³⁶⁷ STC 6712-2005-PHC, FJ 8.

³⁶⁸ Ello no obstante, el mismo Tribunal ha reconocido la posibilidad de establecer criterios de excepción a la característica de firmeza que se exige para toda resolución judicial que resulte cuestionada mediante amparo constitucional. Vid. STC 0911-2007-PA/TC (Caso Telefonica del Peru S.A.A.).

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

Se puede apreciar que lo que ha hecho el legislador es simplemente un desarrollo enunciativo, mas no limitativo respecto de lo que comprende la tutela procesal efectiva. De allí que el TC ha precisado:

"[...]La enunciación de una lista de derechos que el legislador ha establecido como atributos de la tutela procesal efectiva, para efectos de controlar la actuación de los jueces o incluso de los fiscales en el ámbito de sus respectivas competencias relacionadas con los procesos judiciales, no agota las posibilidades fácticas para el ejercicio de dicho control, ni tampoco quiere significar una lista cerrada de derechos vinculados a la cláusula general de la tutela procesal efectiva. Esto se desprende además de la propia lectura del artículo 4° del CPConst. que al referirse a la tutela procesal efectiva lo define como "aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos....". Una lista enunciativa supone una referencia sobre los alcances de tal derecho, mas no debe interpretarse como una lista cerrada de posibles infracciones, puesto que no se trata de un código de prohibiciones sino de posibilidades interpretativas para su mejor aplicación. Resulta por tanto razonable pensar que con tal enunciación no se está estableciendo la imposibilidad de que otros bienes constitucionales, y no solo la tutela procesal, puedan también resultar afectados mediante la actuación del poder jurisdiccional del Estado"³⁶⁹.

1.3.1. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Este derecho primordial y consustancial a la función jurisdiccional del Estado recogido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución, supone un

³⁶⁹ STC 1209-2006-PA, FJ 26, ver RTC 1209-2006-PA, Aclaración de fecha 27 de octubre del 2006.

ejercicio del poder jurisdiccional del Estado acorde con ciertos contenidos que garanticen principalmente el acceso a la justicia, la conclusión del proceso mediante una decisión definitiva y la efectividad de esta decisión. Aún cuando la Constitución no ha explicitado estos tres contenidos que componen la tutela judicial efectiva, el Tribunal ha fijado de modo recurrente el ámbito ius-fundamental de este derecho, teniendo en cuenta que éste es uno de los derechos *prima facie* protegidos a través del llamado *amparo judicial*. Veamos esta posición del TC peruano:

“El derecho a la tutela judicial efectiva está reconocido en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 139°, inciso 3, donde si bien aparece como “principio y derecho de la función jurisdiccional”, es claro tanto para la doctrina unánime como para la propia jurisprudencia de este Tribunal, que se trata de un derecho constitucional que en su vertiente subjetiva supone, en términos generales, un derecho a favor de toda persona de acceder de manera directa o a través de representante ante los órganos judiciales; de ejercer sin ninguna interferencia los recursos y medios de defensa que franquea la ley; de obtener una decisión razonablemente fundada en derecho; y, finalmente, de exigir la plena ejecución de la resolución de fondo obtenida”³⁷⁰.

1.3.2. Derecho al debido proceso.

El derecho al debido proceso *prima facie* puede definirse como la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado. Este derecho exige el respeto a los principios y reglas fundamentales del proceso que sirvan como instrumento de tutela de los derechos fundamentales. El derecho fundamental al debido proceso, tal como ha sido señalado por el Tribunal Constitucional, es un derecho continente puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto, ha afirmado que “su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos”³⁷¹.

³⁷⁰ STC 4080-2004-AC/TC, FJ 14.

³⁷¹ STC 07289-2005-AA/TC, FJ 5.

Al respecto, es importante precisar que, sin perjuicio de esta dimensión procesal, el Tribunal Constitucional ha reconocido en este derecho una dimensión sustancial, que como ya indicamos está compuesta por el canon de razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales. De ahí que el Colegiado Constitucional ha señalado que el derecho al debido proceso en su faz sustantiva “se relaciona con todos los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”³⁷².

1.3.3. Otros derechos fundamentales.

Aunque suelen ser los derechos fundamentales de carácter procesal los que por lo general se invocan dentro de esta modalidad de amparo, la misma, tal y como se ha visto en otro apartado de este trabajo, ha evolucionado hacia una concepción en la que el ámbito de protección rebasa con creces la perspectiva descrita, ello incluso, más allá de lo expresamente dispuesto por el Código Procesal Constitucional.

En tal sentido, se puede afirmar que hoy en día, ya no son únicamente derechos como la tutela jurisdiccional efectiva o el debido proceso (en cuanto componentes de la tutela procesal efectiva) los únicos referentes de protección en el caso del amparo contra resoluciones judiciales, sino que lo es cualquier otra clase de derecho constitucional, perspectiva que, como es obvio, ha supuesto abrir un panorama verdaderamente espectante respecto de los alcances que, a futuro y bajo esta modalidad, puedan desarrollarse.

2. El amparo laboral.

2.1. Introducción.

No cabe duda que una de las complejas dimensiones de los derechos humanos que se vio proyectado en la llamada segunda generación de derechos es la categoría de los derechos sociales, entre los cuales tiene una especial relevancia los “*derechos laborales*”. En este contexto, desde finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, a propósito de la emblemática lucha por las 8 horas de trabajo, se afirman un conjunto creciente y heterodoxo de derechos básicos, que van desde los derechos en la relación laboral, hasta derechos prestacionales que van adquiriendo los ciudadanos frente al Estado, con el objeto de satisfacer sus necesidades básicas; donde el rol del Estado ya no es simplemente el de *laissez faire* que caracterizaba al Estado posterior a la

³⁷² STC 9727-2005-HC/TC, FJ 7.

Revolución francesa; sino que, su tarea es impulsar *políticas prestacionales* en diversos campos de la cotidianidad de la vida: salud, educación, alimentación, vivienda, trabajo, deporte, etc.³⁷³.

En nuestro país, la ruta de afirmar los derechos del trabajador, aunque tímidamente, fue concebida ya en la Constitución de 1920³⁷⁴, en parte debido al fuerte influjo que representaron la Constitución de Querétaro de 1917³⁷⁵ y la de Weimar de 1919³⁷⁶. Sin embargo, es recién en la Constitución de 1979 en la que se constitucionalizan diversos segmentos del derecho laboral o del trabajo incidiendo en lo fundamental en los derechos del trabajador, lo que habría de redimensionar los derechos fundamentales establecidos en el catálogo de los derechos de la persona³⁷⁷.

³⁷³ Sobre el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho vid. GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo – Civitas, Madrid, 2002, pp. 27-67.

³⁷⁴ En el Título IV de la Constitución de 1920 relativo a “Garantías Sociales”, se recogió en el artículo 47 lo siguiente: “El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene.

La ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país.

Es obligatoria la indemnización de los accidentes de trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen”.

³⁷⁵ La Constitución de Querétaro de 1917 fue la primera que reguló expresamente los derechos del trabajador. Así en su artículo 123 se recogió: la jornada máxima de trabajo de ocho horas, el descanso semanal, el descanso pre y post-natal, el salario mínimo, el pago de la remuneración en moneda de curso legal, la sobretasa del 100% por trabajo de horas extras, la aplicación del principio de igualdad de trato en el pago de la remuneración, el reconocimiento al derecho de huelga y la libertad sindical, la obligatoriedad de disposiciones sobre seguridad en la empresa y la responsabilidad empresarial en los casos de accidentes de trabajo, la resolución de los conflictos de trabajo mediante mecanismos de conciliación y arbitraje y la prohibición del despido injustificado.

³⁷⁶ La Constitución de Weimar de 1919 fue la segunda Carta en el mundo y la primera en Europa en incorporar derechos y principios laborales. Así, en primer lugar, consagra principios generales como el principio protector y la disposición sobre el trabajo adecuado, y luego, derechos concretos como la libertad sindical, el derecho de huelga y la negociación colectiva (artículo 162).

³⁷⁷ La Constitución de 1979 contiene el catálogo más amplio de principios y derechos laborales en nuestra historia constitucional. Así por ejemplo, recogió en el Capítulo V del Título I, referido al Trabajo, los principios que orientan la relación de trabajo, como el principio protector, el principio *in dubio pro operario*, la igualdad de trato y la irrenunciabilidad de derechos, así como los derechos individuales a la estabilidad laboral o continuidad en el trabajo (artículo 48), la protección a la mujer (artículo 45), la obligación del Estado de dictar medidas sobre seguridad social, higiene y seguridad empresarial (artículo 47), la remuneración mínima (artículo 43), la participación de los trabajadores en las empresas (artículo 56), el derecho a percibir beneficios sociales (artículo 44, *in fine*), “*justa remuneración*”, la asignación familiar (artículo 43), la jornada máxima de trabajo así como el derecho a los descansos remunerados semanales y anuales (vacaciones) (artículo 44) y el privilegio salarial en el pago de las remuneraciones y beneficios sociales y un plazo de prescripción generoso de 15 años para cobrarlos (artículo 49). En lo que respecta a los derechos laborales colectivos, este texto constitucional recogió el derecho a la negociación colectiva (artículo 54), la libertad sindical (artículo 51) y el derecho de huelga (artículo 55).

La Constitución de 1993, no obstante su impronta fuertemente liberal, no ha restado vigor a los derechos laborales que, intermitentemente pretenden ser desconocidos³⁷⁸.

De allí la gran labor del TC que, a partir del C.P.Const., ha establecido diversos circuitos normativos que interconectan en el amparo laboral y que van desde el artículo 37, inciso 1 (igualdad), inciso 2 (confesionalidad), 4 (libre contratación), 9 (asociación), 10 (trabajo), 11 (sindicación, negociación colectiva y huelga), 12 (propiedad), 14 (de participación), 16 (tutela procesal) y, fundamentalmente, el inciso 25, remisivo a las demás cláusulas de la Constitución. Por su parte, a nivel constitucional existe un amplio abanico de derechos fundamentales ius-laborales que reclaman tutela en distintas vías procedimentales, entre las que destaca, como veremos en el presente acápite, el amparo.

2.2. Un antecedente cercano del amparo laboral.

Bajo el marco de la Ley 23506 que estableció en el artículo 29 la competencia general del amparo en los jueces civiles, el 17 de mayo de 1997, mediante Ley 26792, Ley que Modifica Artículo de la Ley N° 23506 sobre competencia para conocer de la Acción de Amparo, se estableció una reforma en materia de competencia. Así se dispuso en el Artículo Único de la citada ley que “son competentes para conocer de la acción de amparo (...) [los] jueces de trabajo si la acción de amparo corresponde a un derecho de naturaleza laboral...”.

Como se puede apreciar, ha sido el propio legislador el que ha reconocido la existencia de derechos constitucionales “de naturaleza laboral”, los mismos que se tutelaron a través de un específico proceso de amparo laboral, donde la competencia se asignó, en afinidad a la materia, a los jueces laborales.

En perspectiva comparada, Sagüés ha comentado que “[los derechos de los trabajadores o entes gremiales] pueden salvaguardarse por vía de amparo, reunidas que sean las condiciones que demanda el instituto... tal procedimiento ha sido rotulado (...) como “amparo laboral”³⁷⁹.

³⁷⁸ Vid. completamente la evolución de los derechos laborales en nuestro país en TOYAMA

MIYAGUSUKU, Jorge: *Instituciones de Derecho Laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 11 y ss.

³⁷⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional*, T. III. Acción de Amparo, 4ª. edición, Astrea y Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 638.

2.3. Conceptualización del amparo laboral.

Los *derechos laborales* se ubican sistemáticamente dentro del capítulo que nuestra Constitución ha denominado “Derechos económicos, sociales y culturales”, lo cual no indica en absoluto diferencia alguna con los derechos civiles y políticos, conjuntamente con los cuales forma el conjunto de derechos fundamentales de la persona reconocidos en nuestra Constitución³⁸⁰, y que han sido recogidos también en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como consta en la Declaración Universal, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, la Declaración sobre Garantías Sociales, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador y demás normas que forman parte del Sistema de Protección Internacional de Derechos Humanos, suscritos por el Perú.

En el Perú existe, secularmente, una postergación de los derechos económicos sociales y culturales, que se refleja en las condiciones de pobreza en que viven muchos peruanos: el hambre, la falta de servicios básicos y la discriminación, con una gran exclusión social y económica que se traduce en una exclusión política. Siendo este el estado de las cosas, se impone que el sistema procesal constitucional asuma el rol protector de derechos económicos, sociales y culturales; y ello porque el goce efectivo de estos derechos es

³⁸⁰ Es preciso indicar aquí que, en la doctrina se ha planteado la superación de la clásica distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro. Como se ha precisado, esta distinción es sólo indicativa y no supone en modo alguno el carácter justiciable de los primeros y sólo programático de los segundos; así, en lugar de incidir en esta “natural” oposición, hoy se viene profundizando en la distinción deontológica de los diferentes grados de obligación que cada una de estas categorías de derechos tiene y que, por cierto, comparten en gran medida. De este modo, hoy se habla de una clasificación sustentada en obligaciones de *respeto*, de *protección* y de *satisfacción*. Por lo demás, tanto los derechos de primera generación o derecho de inspiración liberal, como los derechos de segunda generación o derechos de inspiración social, se fundamentan en los mismos valores de dignidad, igualdad y libertad. Sobre la relativización de la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales han incidido CRUZ PARCERO, Juan Antonio: “Derechos sociales: Clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual”, en *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, Octavio Cantón J. y Santiago Corchera C. (Coordinadores), Porrúa – Universidad Iberoamericana, México, 2004, pp. 3 y ss.; HIERRO, Liborio: “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 171 y ss.; ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Prólogo de Luigi Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2002, pp. 21-37; CARBONELL, Miguel: “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM – Trotta, Madrid, 2005, pp. 190-192; RUIZ MIGUEL, Alfonso: “Derechos liberales y derechos sociales”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, N° 15-16, 1994, pp. 651 y ss.; GOMES CANOTILHO, Joaquín: “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 1, septiembre-diciembre de 1998, pp. 239 y ss.; ALVITES, Elena: “Igualdad y derechos sociales. Reflexiones en el marco del Estado social y democrático”, en *El derecho fundamental de igualdad*, Susana Mosquera Monelos (Coordinadora), Universidad de Piura – Palestra, Lima, 2006, pp. 162 y ss.

determinante para lograr un goce efectivo e igualitario de los demás derechos consagrados en nuestra Constitución. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC 2945-2003-AA/TC, que entiende que cuando se habla de derechos económicos, sociales y culturales “no se trata (...) de meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos (...) sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución”³⁸¹.

En este contexto, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales proviene de su origen en la dignidad de la persona, y está sustentada en la fórmula del Estado Social de Derecho³⁸², pero esta exigibilidad no puede dejar de observar las condiciones fácticas que permitan su eficacia y las posibilidades del Estado para realizarlo; por ello el propio Tribunal ha afirmado que “la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales”³⁸³.

Los derechos económicos, sociales y culturales implican una exigencia de actuación del Estado, el que debe asumir la protección de estos derechos como objeto y *telos* de su actuación. Así lo ha entendido Jorge Adame Goddard, quien sostiene que “los derechos sociales son pretensiones (...) para que el Estado adopte determinadas políticas económicas y sociales encaminadas a ciertos fines promordiales. Por eso, en vez de hablar de un derecho al trabajo, a la educación, a un nivel de vida digno o a la salud, debe hacerse referencia de un derecho a exigir la implantación de medidas adecuadas para conseguir esos fines. Lo que (...) denominase derechos, en realidad, son los fines a los que han de tender las medidas que adopte el Estado”³⁸⁴.

³⁸¹ STC 4953-2003-AA/TC, FFJJ. 11, 18 y 33.

³⁸² ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; y DOEHRING, Karl: *El Estado social*, Traducción de José Puente Egido, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986;

³⁸³ STC 4953-2003-AA/TC, FFJJ. 11, 18 y 33.

³⁸⁴ GODDARD, Jorge Adame: *Derechos fundamentales y Estado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2002, p.70

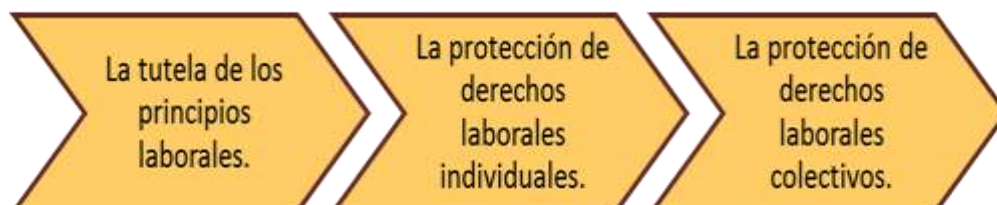
Bajo este norte es que se presenta el *amparo laboral*, denominado así en razón de los derechos materiales tutelados mediante este tipo de amparo, en tanto las causas que en él se ventilan se encuentran relacionadas directamente a derechos laborales expresamente consagrados en la Constitución, derechos que a su vez constituyen parte de lo que se ha denominado los derechos económicos, sociales, y culturales; que, no por ello, carecen de la exigibilidad o fuerza normativa con que cuentan los derechos civiles y políticos, pues al igual que éstos, devienen de la dignidad de la persona humana y por tanto son inherentes a la persona e igual de exigibles mediante un proceso constitucional.

El amparo laboral se instituye, entonces, como un mecanismo de protección de principios y derechos ius-fundamentales de naturaleza laboral, sean estos de carácter individual o colectivo. Asimismo, adquiere gran importancia por cuanto constituye el mecanismo de protección de los trabajadores cuando sus esferas jurídicas se ven afectadas o perturbadas por un tercero incluyendo a su empleador, quien excediéndose de sus funciones o valiéndose de su *poder de dirección* atenta contra sus derechos; derechos que por su naturaleza y su relevancia, trascienden las relaciones individuales de las partes, implicando prerrogativas y garantías para la protección de éstos y de su dignidad, por lo que son inherentes al ser humano.

No obstante la presencia del amparo laboral, bien cabe señalar que en los últimos tiempos, el TC peruano a raíz de determinados *precedentes vinculantes*, inspirados en el carácter subsidiario del amparo establecido por el Código procesal Constitucional, ha venido orientando a los justiciables en la necesidad de que la vía del amparo se transite sólo cuando exista determinada afectación a ciertos contenidos constitucionales. Es decir, hoy por hoy el amparo laboral existe, pero en términos ciertamente restringidos, pues los justiciables deben ventilar sus peticiones en dos vías ordinarias o paralelas: a) o bien por el carril procesal de los procesos ordinarios laborales, cuando la relación laboral está sujeta al régimen laboral privado; o b) por el proceso contencioso administrativo, cuando la relación laboral se desenvuelva en el ámbito del régimen laboral público. Con todo, hoy, vía la reforma efectuada en la competencia de los procesos contencioso-administrativos (artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), mediante Ley 29364, Ley que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil (Segunda Disposición Modificatoria), ambos procesos ordinarios, esto es, el laboral y el contencioso administrativo, y donde se discuten, también, derechos laborales de naturaleza constitucional, son conocidos por el juez laboral.

2.4. Ámbito o contenido del amparo laboral.

El contenido del amparo laboral, *prima facie*, puede ser dividido en tres tópicos o ámbitos de protección específicos, en función del contenido normativo ius-laboral inscrito en la Constitución:



No obstante este “natural” ámbito de protección o tutela del amparo laboral, hoy la doctrina ha rescatado que en el ámbito de una relación laboral no sólo son susceptibles de vulneración derechos fundamentales específicamente laborales, sino también toda una gama de derechos que van desde la igualdad ante la ley, el derecho al honor, la inviolabilidad de las comunicaciones, la libertad religiosa, e incluso algunos derechos sociales no específicamente laborales como el derecho a la alimentación y el derecho a la salud³⁸⁵. La doctrina ha tendido a calificar a estos derechos como “*derechos laborales sobrevenidos*” o “*derechos laborales inespecíficos*”³⁸⁶, que no son más que aquellos derechos constitucionales no específicamente laborales, pero que por su ejercicio en un centro de trabajo quedan de alguna manera bajo el marco de la regulación laboral. En otros términos, son derechos fundamentales que el trabajador ostenta en una relación de trabajo, pero no en su condición de trabajador, o como producto del pacto laboral con el empleador, sino en su cualidad de persona.

En este contexto, bien cabe preguntarse si estos derechos fundamentales ejercidos en una relación de trabajo, pero que no corresponden *strictu sensu* a ésta, es decir, los llamados “*derechos laborales inespecíficos*” pueden ingresar en el ámbito de tutela de esta modalidad de amparo. La respuesta, nos parece aquí, debe ser positiva, en tanto no sólo la materia de los derechos laborales inespecíficos se halla aún vinculada a una relación jurídica *en el* trabajo, sino

³⁸⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, pp. 137 y ss.

³⁸⁶ Esta denominación ha sido adoptada por Manuel Palomenque en su libro *Los derechos laborales en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, op. cit., p. 89-90.

que a efectos de la evaluación del fondo del asunto en este tipo de controversias constitucionales, resultará primordial efectuar un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales del trabajador involucrados en el caso concreto y los derechos del empleador, encuadrados básicamente dentro de la libertad de empresa y el poder de dirección laboral.

a) La tutela de los principios laborales.

Los principios son, como ha expresado con pertinencia Robert Alexy, *mandatos de optimización*, que deben realizarse en la mayor medida posible, teniendo en cuentas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso, siendo clave la vinculación y colisión de principios entre sí, lo cual sólo se puede solucionar mediante el juicio de proporcionalidad, de forma que “el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad y ésta implica aquella”³⁸⁷.

Los principios laborales no escapan a esta característica, ya que éstos, por su vocación de generalidad, constituyen verdaderos mandatos de optimización, y su reconocimiento jurídico justamente se verifica por medio de la protección especial que brinda el proceso de amparo. Como ha dicho el TC peruano estos principios pueden definirse como “aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas”³⁸⁸.

El principio constitutivo y esencial del Derecho Laboral ha sido, desde sus orígenes, el *principio protector*, y aún cuando no esté expresamente mencionado en la Constitución, es un principio consubstancial al *orden fundamental laboral* inscrito en nuestra Carta Magna. Producto de una relación laboral por naturaleza desigual, donde el empleador se constituye en la parte “fuerte” e “imponente” y el trabajador en la parte “débil” e “impotente”, el derecho laboral se ha caracterizado por su función básicamente protectora, donde el principio protector o de *igualación compensatoria*, promueve por la vía constitucional o legal el equilibrio entre los sujetos de la relación laboral³⁸⁹.

Por su parte, los principios laborales reconocidos expresamente en el artículo 26 de nuestra Constitución son: igualdad de oportunidades y no

³⁸⁷ ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdéz, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 111.

³⁸⁸ STC 0008-2005-PI/TC, FJ. 20.

³⁸⁹ STC 0008-2005-PI/TC, FJ. 20.

discriminación, irrenunciabilidad de los derechos laborales, e *in dubio pro operario*.

El principio constitucional de *igualdad de trato* en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral. En realidad, plantea la traslación de lo previsto en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución; el cual hace referencia a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo. Definiendo el contenido esencial de este principio laboral, el TC peruano ha dicho que “la igualdad de oportunidades – en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta, ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria. En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución³⁹⁰.

Según lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los artículos 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 3 del Protocolo de San Salvador y 1 y 3 del Convenio N.º 111 de la Organización Internaccional del Trabajo (OIT), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, todos ellos ratificados por el Perú, que constituyen parámetro de interpretación constitucional, se proscribe cualquier trato discriminatorio. En ese sentido, el artículo 1º del Convenio N.º 111 de la OIT dispone que se entenderá por discriminación en el empleo lo siguiente:

- a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación.
- c) A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la

³⁹⁰ STC 0008-2005-PI/TC, FJ 23.

admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

- d) Asimismo, el numeral 2 de los Principios y Derechos fundamentales de la OIT dispone que los miembros de la mencionada organización internacional, entre los que se encuentra el Estado Peruano, tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación³⁹¹.

En lo que respecta al principio *in dubio pro operario*, éste hace alusión a la traslación de la vieja regla del derecho romano *indubio pro reo* y exige la interpretación favorable al trabajador en caso de “duda insalvable” sobre el sentido de una norma; esto es, cuando se acredite que a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitadamente en un contenido incierto e indeterminado, el contenido dispositivo a escoger deberá inexorablemente ser el que más beneficie al trabajador. Respecto a este principio el TC peruano ha considerado que su aplicación está sujeta a las cuatro consideraciones siguientes: a) Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos; b) Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional; c) Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador; d) Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador³⁹².

En lo atinente al *principio de irrenunciabilidad de derechos*, éste hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso señalar que este principio deriva del carácter irrenunciable e indisponibles que ostentan los derechos humanos, toda vez que, conforme se reconoce en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los derechos humanos –y entre ellos los derechos fundamentales del trabajador- constituyen el núcleo mínimo de respeto a la dignidad de la persona, que bajo ninguna circunstancia puede ser desconocido por el Estado³⁹³. En este contexto, el TC peruano ha expresado que “de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno”³⁹⁴. Por otro lado, es preciso anotar que, de acuerdo a la

³⁹¹ STC 01875-2006-PA/TC, FJ. 9.

³⁹² STC 0008-2005-PI/TC, FJ. 21.

³⁹³ REMOTTI CARBONELL, José Carlos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Instituto Europeo de Derecho, Barcelona, 2003, p. 18.

³⁹⁴ STC 0008-2005-PI/TC, FJ. 24.

interpretación efectuada por el Colegiado Constitucional, la irrenunciabilidad sólo se refiere a derechos que deriven de la Constitución y la ley, mas no se extiende a aquellos que tienen su fuente en la convención colectiva de trabajo o la costumbre³⁹⁵.

Adicionalmente, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú se ha procedido a reconocer al principio de *primacía de la realidad*, como “un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra *Constitución del Trabajo* [léase: Régimen constitucional laboral]”³⁹⁶.

En un primer momento el Tribunal Constitucional se limitó a reconocer al principio de primacía de la realidad como un elemento implícito de la Constitución, sin embargo será posteriormente, con la STC 1944-2002-AA, que se le otorga un contenido concreto a este principio, de modo que se ha configurado como aquel principio en virtud del cual “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”³⁹⁷.

Su aplicación se justifica en tanto el principio de primacía de la realidad opera como un “instrumento de acceso a los derechos y beneficios laborales”, por lo que su aplicación en el *factum* de la vida en el centro de trabajo, facilita la protección de otros derechos y bienes constitucionales.

Complementariamente a ello, el TC ha enunciado otros principios constitucionales como aplicables en la relación laboral, aún cuando no hallen encaje dentro del *orden laboral fundamental* recogido en nuestra Carta Magna. Así, en la definición de validez o invalidez inconstitucional de un acto llevado a cabo en el seno de una relación de trabajo, además del examen de los principios laborales aquí enunciados, y de los derechos laborales individuales o colectivos reconocidos en la Constitución, el juez constitucional deberá tomar como parámetro ineludible el principio de interdicción a la arbitrariedad, el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad, así como los principios de buena fe laboral, el principio de continuidad y el principio de

³⁹⁵ STC 0008-2005-PI/TC, FJ. 24.

³⁹⁶ STC 503-1999-AA/TC, FJ. 4. Este fallo cobra importancia, en tanto se constituye como la primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional peruano reconoce el principio de primacía de la realidad, y en cuya aplicación se declara fundada la demanda, ordenando la reposición de la demandante.

³⁹⁷ STC 1944-2002-AA/TC, FJ. 3

inmediatez, estos últimos si bien no estrictamente constitucionales, garantizan, también, el núcleo esencial de una relación laboral justa.

b) La protección de derechos individuales laborales.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado concomitantemente al respeto del poder de dirección del empleador y la flexibilización de la legislación laboral vigente, los parámetros constitucionales que permiten una adecuada protección del trabajador, concretizando el contenido de sus derechos laborales, tanto individuales como colectivos, garantizados en la Constitución.

Dentro de los derechos individuales laborales expresamente consagrados en la Constitución podemos mencionar los siguientes:



La *libertad de trabajo*, establecida en el inciso 15 del artículo 2 de la Constitución, se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella³⁹⁸. Como ha dicho el TC, el contenido de este derecho se haya conformado por “el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a

³⁹⁸ STC 0008-2003-AI/TC, FJ. 26.

la libre elección del trabajo, a la libertad para aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad para cambiar de empleo”³⁹⁹. Esta libertad, sin embargo, al igual que cualquier otra ejercida en el marco de un Estado Constitucional se encuentra sujeta a límites, que el TC peruano ha encontrado en el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público⁴⁰⁰.

Por su parte, el *derecho al trabajo*, *strictu sensu*, supone o engloba dos aspectos ius-fundamentales especialmente protegidos: el primero, es la posibilidad de acceder a un puesto de trabajo, y, la segunda, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la obligación por parte del Estado de adoptar una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo (*obligación de satisfacción*); mientras que en el segundo caso, se trata de la proscripción de ser despedido salvo por causa justa (*obligación de respeto y obligación de protección*)⁴⁰¹.

En el caso del *derecho a una adecuada protección* contra el despido arbitrario, el Tribunal Constitucional ha instituido una estabilidad laboral de “*salida*”, requiriendo justificación para el despido, debido a que “el artículo 27º de la vigente Carta Política del Estado, que otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, supone que éste no puede ser despedido sino por causa justa, debidamente comprobada”⁴⁰².

En este contexto, la *estabilidad laboral “de salida”* ha sido recogida básicamente en la proscripción de tres tipos de despido: *despido incausado*, *nulo* y *fraudulento*. Como ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia del TC peruano, éstas son las tres causales que cabe invocar como vulneratorias del derecho a una protección adecuada consagrada en el artículo 27 de la Constitución; lo que, como por efecto restitutorio del proceso de amparo, conlleva a la reposición del trabajador, pese a que no ha sido incluida dicha posibilidad en la legislación laboral. El despido es *incausado* cuando se ha producido de forma verbal o por escrito, sin expresión de causa fundada en la conducta o capacidad laboral del trabajador; *nulo*, si se funda en motivos discriminatorios o por la actividad sindical del trabajador; y *fraudulento*, si se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad

³⁹⁹ STC 4058-2004-AA/TC, FJ. 5.

⁴⁰⁰ STC 0008-2003-AI/TC, FJ. 26.

⁴⁰¹ STC 1124-2001-AA/TC, FJ. 12.

⁴⁰² STC 1277-1997-AA/TC, FJ. 8.

o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad o mediante la “fabricación de pruebas”⁴⁰³.

Por otro lado, el artículo 24 de nuestra Constitución ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una *remuneración equitativa y suficiente* que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. En este marco, la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, adquiere el carácter de fundamental; y ello no sólo por la naturaleza alimentaria que ostenta, sino porque guarda una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y la dignidad, posibilitando los medios materiales para el desarrollo integral de la persona humana; amén de las consecuencias que este derecho genera en todo el resto de derechos laborales y previsionales pertenecientes a un trabajador: adquirir una pensión en base a los aportes y contribuciones a la seguridad social, servicio de cálculo para efectos de beneficios sociales como vacaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por vacaciones truncas, o en su caso, ser calculable para la indemnización por despido arbitrario y otros beneficios sociales⁴⁰⁴.

En el plano internacional este derecho fundamental guarda igual coherencia y relación con lo recogido en el artículo 23 numeral 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual prescribe que “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 7 ha señalado con respecto a este derecho: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de “Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”. Por último, el Convenio OIT N.º 100, sobre la igualdad de remuneración establece en su artículo 2.1 lo siguiente: “Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

⁴⁰³ STC 0976-2001-AA/TC, FJ 15.

⁴⁰⁴ STC 4922-2007-AA/TC, FJ 6.

Respecto al derecho a una jornada laboral no menor a 8 horas o 48 semanales recogido en el artículo 25 de la Constitución vigente, éste supone no la prohibición de establecer jornadas más prolongadas de trabajo durante un día, superior a las 8 horas normales, sino que, en ningún caso la jornada laboral puede superar las cuarenta y ocho horas semanales. En todo caso, el TC ha establecido que incluso puede darse la posibilidad de que exista una jornada de trabajo semanal mayor a las 48 horas, pero siempre y cuando se de dentro de los márgenes de razonabilidad y proporcionalidad, esto es, de acuerdo a la naturaleza del trabajo y esfuerzo físico que se invierta en la labor realizada, y siempre que no supere el promedio de 48 horas semanales en el curso de tres semanas; con lo cual se entiende que esta jornada excesiva es de suyo excepcional⁴⁰⁵.

Considerado de modo analítico, el TC peruano ha establecido que el derecho a la jornada máxima de trabajo, se prefigura del siguiente modo:

- a) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración.
- b) Es posible que bajo determinados supuestos se pueda trabajar más de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana. Este supuesto dependerá del tipo de trabajo que se realice.
- c) El establecimiento de la jornada laboral debe tener una limitación razonable.
- d) Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.
- e) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor; (por ejemplo, el artículo 4.º del Convenio N.º 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT))⁴⁰⁶.

c) La protección de derechos colectivos laborales.

Estos derechos, expresamente recogidos en nuestra Carta Magna, son:

⁴⁰⁵ STC 04635-2004-AA/TC, FJ. 17.

⁴⁰⁶ STC 04635-2004-AA/TC, FJ 15.

- El derecho a la libertad sindical (art. 28.1)
- El derecho de negociación colectiva (art. 28.2)
- El derecho de huelga (art. 28.3)

El artículo 28 de la Constitución, si bien garantiza el *derecho a la libertad sindical*, no establece el contenido de este derecho, el cual ha sido configurado mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que respecto a la libertad sindical ha establecido que ésta “tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga”. Adicionalmente se ha dejado abierta la posibilidad de ampliar este contenido esencial, ya que el contenido precisado por el Tribunal “no conlleva a que el contenido esencial del citado derecho constitucional se agote en los aspectos (...) relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciadas de manera apriorística”⁴⁰⁷.

Desde otra perspectiva, el Tribunal Constitucional ha precisado que el *contenido esencial* del derecho de libertad sindical incluye “además de los dos planos de la libertad sindical antes mencionados, debe también considerarse la garantía para el ejercicio de aquellas actividades que hagan factible la defensa y protección de los propios trabajadores (...) En tal sentido, el contenido esencial de este derecho no puede agotarse en los aspectos orgánico y funcional, sino que, a este núcleo mínimo e indispensable, deben añadirse todos aquellos derechos de actividad o medios de acción que resulten necesarios, dentro del respeto a la Constitución y la ley, para que la organización sindical cumpla los objetivos que a su propia naturaleza corresponde, esto es, el desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros. Por consiguiente, cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato, resulta vulneratorio del derecho de libertad sindical”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ STC 1124-2001-AA/TC, FJ. 8

⁴⁰⁸ STC 1469-2002-AA/TC, FJ. 5

Con posterioridad, el Tribunal ha aclarado que el derecho de libertad sindical “no sólo tenía una dimensión individual, relativa a la constitución de un sindicato y a su afiliación, sino también una dimensión plural, que se manifiesta en la autonomía sindical (la posibilidad de que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten,) y la personalidad jurídica (...) asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos”⁴⁰⁹.

Respecto al *derecho a la negociación colectiva*, el artículo 28.2 de la Constitución hace referencia sólo a una cláusula de compromiso del Estado, en tanto promueve y fomenta las formas de solución pacífica de conflictos laborales; pero esto no ha limitado su contenido constitucional, pues el TC peruano ha precisado que “el Estado debe promover condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, ante situaciones de diferenciación admisible, debiendo realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, pudiendo otorgar determinado “plus de tutela” cuando ésta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva”⁴¹⁰. De esta manera se exige que el Estado lleve a cabo su papel de organizador del sistema de negociaciones colectivas, disponiendo medidas encaminadas a superar los obstáculos que pudiera existir para el ejercicio del derecho de negociación colectiva.

Respecto a este derecho, el Tribunal Constitucional del Perú ha tenido un claro aporte en el Caso Capeco (Cámara Peruana de la Construcción) Vs. Ministerio de Trabajo⁴¹¹. En este caso el criterio del Tribunal se dirige a relevar el carácter unilateral que tiene el compromiso del estado de promover la negociación colectiva, suponiendo una garantía fiel de su plena efectividad. Adicionalmente considerando lo difícil que resulta llevar a cabo una negociación colectiva de ámbito empresarial en el sector construcción, debido al alto nivel de eventualidad de los labores y la variable ubicación de los trabajadores y con el fin de que la negociación no resulte inoperante, resulta razonable y justificado que el Estado intervenga estableciendo medidas que favorezcan una efectiva negociación en el sector de construcción.

⁴⁰⁹ STC 3311-2005-PA/TC, FJ. 4 y 6

⁴¹⁰ RTC 8494-2005-AA/TC, FJ. 1.

⁴¹¹ STC 261-2003-AA/TC

Finalmente, en lo que respecta al derecho de huelga, este atributo ius-fundamental consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica -sin violencia sobre las personas o bienes- y con abandono del centro de trabajo. Por huelga debe entenderse, entonces, al abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales, la cual, dentro de determinadas condiciones, se encuentra amparada por la ley. Así, el profesor Enrique Álvarez Conde ha referido que la huelga se trata de una “(...) perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de voluntades por parte de los trabajadores”⁴¹².

En concreto, el TC peruano ha definido este derecho, atribuyéndole los siguientes contenidos constitucionales:

- Facultad de ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga.
- Facultad de convocatoria dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercitar el atributo de su posterior desconvocatoria.
- Facultad de establecer el petitorio de reivindicaciones; las cuales deben tener por objetivo la defensa de los derechos e intereses socio-económicos o profesionales de los trabajadores involucrados en la huelga.
- Facultad de adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley.
- Facultad de determinar la modalidad de huelga; esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado⁴¹³.

d) La tutela de derechos laborales “inespecíficos”.

Además de la protección de derechos laborales específicos, el artículo 23 de la Constitución reconoce, en el ámbito de la relación de trabajo, la protección de derechos laborales *genéricos* o *inespecíficos*. Así en tanto el artículo 23 prescribe que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar a dignidad del trabajador”; mediante esta afirmación se proscribe que cualquier derecho

⁴¹² ÁLVAREZ CONDE, Enrique: *Curso de Derecho Constitucional*, T. VI, Tecnos, Madrid, 1999, p. 466.

⁴¹³ STC 0008-2005-PI/TC, FJ. 41.

fundamental contenido en la Constitución pueda ser limitado dentro de una relación laboral, incluso los derechos no enumerados, incluidos en el artículo 3 de nuestra Carta Fundamental.

Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano ha calificado la vulneración del derecho de libertad de conciencia y libertad religiosa de un trabajador, que por su opción religiosa no podía trabajar los días sábados. En este caso se verificó que su empleadora, a pesar de conocer la opción religiosa, se empeñó en fijarle el turno de trabajo los días sábados. El Tribunal llega a la conclusión que “si en un principio la emplazada optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera cambiar de decisión. Este criterio, desde luego, no significa que el Tribunal desconozca el *ius variandi* del empleador; pero, en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio”⁴¹⁴

Otro caso que ha merecido comentarios favorables, se suscitó cuando un magistrado del Poder Judicial, solicitó que se declaren inaplicables las resoluciones de la OCMA y Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante las cuales se le sanciona con 30 días de suspensión sin goce de su remuneración por haber inobservado su deber de reserva y adelantado opinión sobre un proceso judicial que venía conociendo, lo cual ocurrió cuando comentó su discordancia con la resolución de segunda instancia, alegaba la vulneración de su derecho a la libertad de expresión y opinión, ya que las declaraciones emitidas únicamente expresaban su coincidencia con el sentido de la resolución expedida por él en primera instancia. El Tribunal no le dio la razón al demandante, pero reconoce que “el juez en tanto persona, de la misma manera que cualquier ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión, pero cuando actúa como juez, debe tomar en cuenta los deberes impuestos por su propia investidura” los cuales en el caso de los jueces se configura como límites a su libertad de expresión. En tal sentido el Tribunal considera que “las opiniones o preferencias particulares del juez –en caso que hubiese formado las propias- deben necesariamente quedar fuera del proceso, tomando en cuenta, además, que no le corresponde pronunciarse sobre la culpabilidad del denunciado. Por ello, cuando el juez Barreto sostuvo que “los denunciados no han cometido delito sancionado de modo específico en el Código Penal”, con ello ha revelado una manifiesta predicción de condena, lo que equivale a

⁴¹⁴ STC 0895-2001-AA/TC, FJ. 8

enmendar la plana a los jueces llamados a pronunciarse finalmente sobre la comisión del delito”⁴¹⁵.

Con todo, y a modo de recapitulación, bien cabe relevar la presencia del amparo laboral; y aún cuando ya se ha esbozado la posición del TC con los actuales magistrados que lo integran, en el entendido de restringir la presencia de amparos laborales, para casos muy excepcionales, en la medida en que existen otras vías alternativas o paralelas y en la medida que en nuestro país el primer nivel de protección de los derechos fundamentales recae en los jueces de la judicatura ordinaria; ello, por principio, no descarta el acceso del TC a conocer este proceso ante inusitados escenarios como los derechos sociales frente a particulares o complejos problemas en las relaciones laborales de las personas naturales, en su individualidad con la empresa.

3. Amparo previsional.

3.1. Introducción.

La relevancia del tema pensionario en el campo constitucional, tanto por la cantidad de casos como por la complejidad de la materia, cada vez resulta ser un agreste terreno comanche, muchos de indudable predictibilidad al hilo de los precedentes vinculantes; otros que probablemente reclaman futuras innovaciones dentro de este convulsionado terreno en donde las particularidades muchas veces no pueden encofrarse en las grandes vigas maestras de los precedentes vinculantes de mayor incidencia.

Si desde las Constituciones de Weimar y Querétaro resulta innegable la raigambre constitucional de la Seguridad Social, ya en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho⁴¹⁶, es indiscutible su posición de *garantía institucional*. Así, erigiéndose sobre valores tales como la dignidad del ser humano, la igualdad y la solidaridad, recogidos todos ellos por nuestra Constitución, se deriva el derecho fundamental a la pensión, el mismo que se activa frente a contingencias tales como la viudez, la orfandad, la vejez⁴¹⁷ o la discapacidad⁴¹⁸. En nuestro medio el modelo de seguridad social que se deriva

⁴¹⁵ STC 2465-2004-AA/TC, FJ. 25

⁴¹⁶ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel: *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*; Editorial Diles, Madrid, 2007, p. 69 y ss, 135 y ss.

⁴¹⁷ BLANQUEZ MARTÍN, Diego (Editor): *Los Derechos de las Personas Mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*; Editorial Dykinson, Madrid, 2006, 120 pp.

⁴¹⁸ TORTUERO PLAZA, José Luis: “Prestaciones Económicas de la seguridad social: incapacidad temporal, maternidad, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia”, en *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*; Nestor de Buen Solano y Emilio Morgado Valenzuela (Coordinadores); Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad

de la Constitución Política de 1993 introduce a las entidades privadas y mixtas en la gestión de las prestaciones de pensiones y de salud. Es precisamente a partir del reconocimiento constitucional de la seguridad social en pensiones que el Tribunal Constitucional ha consolidado la protección en materia pensionaria a través de su profusa y uniforme jurisprudencia.

En relación a nuestro contexto, debemos tener presente que la legislación sobre pensiones es profusa y *pre-constitucional*. De ahí que la tarea del Tribunal Constitucional muchas veces ha consistido en ordenarla, sistematizarla y actualizarla a través del prisma constitucional en los casos concretos que ha tenido que resolver. Igualmente, no escapa a la justicia constitucional la problemática particular de las pensiones en nuestro país, que algunas veces se manifiesta en una actuación indolente por parte de la Administración pensionaria para con los asegurados -que sin duda constituyen un permanente *estado de cosas inconstitucionales*⁴¹⁹-, pero otras veces se manifiesta a través de un accionar ilícito por parte de los administrados cuando solicitan una pensión por medio de documentos falsos⁴²⁰.

La seguridad social en el Perú, tanto en materia de pensiones como en lo que concierne a la protección en salud, ha sufrido grandes cambios en las últimas décadas. Con la aparición del Sistema Privado de Pensiones se coloca en manos de entidades privadas el manejo de los fondos previsionales, circunstancia que si bien ya operaba para los pescadores con la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, se presenta con un esquema de generalidad para todos los trabajadores, sean públicos o privados. Pese a las críticas respecto a su naturaleza de sistema de seguridad social, el Sistema Privado de Pensiones participa en forma paralela al Sistema Nacional de Pensiones y otros regímenes previsionales que pertenecen al sistema público, en la administración de las pensiones, de modo tal que la coexistencia de los indicados modelos forma parte de nuestra realidad social.

Al respecto, la coexistencia del Sistema Privado de Pensiones y el Sistema Nacional de Pensiones generó uno de los problemas más álgidos en la materia,

Nacional Autónoma de México, México, 1997; MARTÍNEZ Y HERNÁNDEZ, Eduardo y Otros: *Tratado del Derecho a la Protección de la salud*; 2ª. edición corregida y ampliada, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.

⁴¹⁹ A la fecha el Tribunal Constitucional ha incorporado de las canteras de la Corte Constitucional de Colombia la figura del estado de cosas inconstitucionales en diversos fallos. Vid. las STC 2579-2003-HD/TC (Acceso a la información pública y estado de cosas inconstitucionales) y STC 3149-2004-AC/TC (Estado de cosas inconstitucionales en procesos de cumplimiento. Beneficio de luto y sepelio de los maestros).

⁴²⁰ En un informe oral, por ejemplo, un Procurador del Estado explicó que existen más de 2000 certificados de enfermedad profesional fraguados.

como es el de la libre desafiliación por parte de los trabajadores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs). El conflicto fue resuelto por el TC, mediante la sentencia del Expediente N°. 1776-2004-AA/TC, en donde, a partir de un ejercicio de interpretación constitucional, se determinó que la desafiliación parcial de las AFPs procedía previa acreditación de una serie de requisitos desarrollados en la sentencia, propuesta que fue seguida y ampliada por el Congreso de la República al promulgar la ley de libre desafiliación de las AFPs a inicios del año 2007⁴²¹.

En suma, el tema pensionario ha supuesto un herculeano esfuerzo del Tribunal Constitucional, y que estuvo dirigido a *aprehender* los elementos más resaltantes del derecho fundamental a la pensión, a fin de resolver los conflictos sociales generados. Por consiguiente, no cabe duda de la importancia que la jurisprudencia del Tribunal ha tenido en la configuración del amparo previsional.

El *amparo previsional* ha desarrollado, en este contexto, el marco constitucional sobre el cual descansa el derecho fundamental a la pensión. Se ha ocupado también de delimitar su contenido y de precisar las pretensiones que pueden ser protegidas a través de esta vía procesal. Ligado a ello, ha coadyuvado a identificar las relaciones del derecho fundamental a la pensión con otros derechos, principios, bienes y valores constitucionales insertos en el texto fundamental.

3.2. Delimitación Conceptual.

El tema de la seguridad social, que es el objeto del amparo previsional, tiene un largo proceso histórico que se inicia cuando Adán y Eva fueron expulsados en ejecución de la primera sentencia que se tiene noticia: “Maldita sea la tierra por tu culpa. Con fatiga sacarás de ella tu alimento por todos los días de tu vida. Espinas y cardos te dará, y comerás la hierba del campo. Con el sudor de tu frente comerás la hierba del campo. Con el sudor de tu frente comerás el pan hasta que vuelvas a la tierra, pues de ella fuiste sacado. Porque eres polvo y al polvo volverás” (Génesis, 3: 18-19)⁴²².

No se puede negar que el uso del proceso de amparo para la defensa de los derechos previsionales constituye un mecanismo que garantiza el disfrute del derecho fundamental social a un gran sector de la población que observa

⁴²¹ Ley 28991: Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada.

⁴²² NUGENT, Ricardo: “La Seguridad Social: Su historia y sus fuentes”, en *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*; op. cit., pp. 603-622.

prolongadas y, en algunos casos, disminuidas sus expectativas de acceder a una pensión a pesar de haber cumplido con los requisitos legales previstos por la normativa sobre la materia. Sin embargo, en otros casos, cuando lo pretendido es un reajuste de una pensión, solo debería recurrirse al amparo cuando sea evidente una protección urgente.

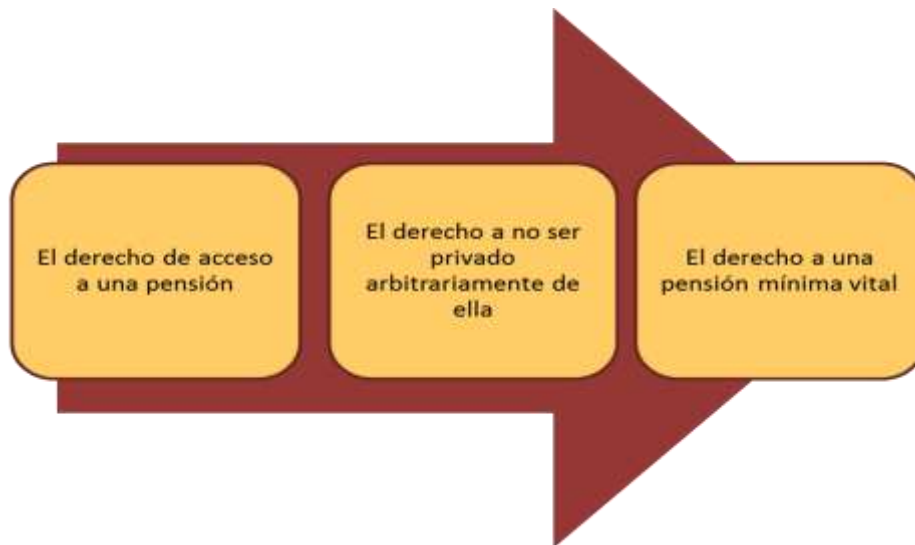
Antes de pasar a definir el amparo previsional debemos tener claro qué se entiende por seguridad social. Así, partiendo de la base de lo establecido en la Conferencia Internacional del Trabajo reunida en Filadelfia en 1944 puede considerarse a la Seguridad Social como el conjunto de medidas orientadas a proteger a las personas contra ciertos riesgos a los cuales hayan estado expuestas. Estos riesgos constituyen contingencias por las que cualquier individuo puede atravesar en su vida (la muerte, el padecimiento de una enfermedad, la vejez, el fin del ciclo laboral, etc). Producida la contingencia, el sistema de Seguridad Social entra en acción (y por lo tanto justifica su existencia) pues permite al individuo que atraviesa una circunstancia que lo inhabilita para el desarrollo de una labor remunerada o generadora de rentas, la percepción de un monto dinerario (pensión) que apunta a garantizar su subsistencia. De ahí que la pensión pueda ser considerada *mutantis mutandi* un sustituto de la remuneración.

El Derecho Previsional puede ser definido como aquella rama o sector del derecho relativo a la regulación establecida en el sistema jurídico en materia pensionaria, entendiendo por pensión aquella prestación consistente en un monto dinerario que una persona recibe en función a haber desempeñado una labor remunerada por un determinado espacio temporal. La Constitución dedica un reconocimiento a la seguridad social como un derecho universal y progresivo (art. 10) y el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones (art. 11).

Teniendo como base lo expresado en los párrafos precedentes podemos esbozar como definición del amparo previsional; aquel proceso constitucional que se activa frente a la amenaza o vulneración del derecho fundamental a la pensión en cuanto a su contenido constitucionalmente protegido y que se caracteriza por conciliar dos elementos básicos: su celeridad y sencillez, aunado a su especial diseño que busca cautelar de una forma más eficaz el derecho fundamental a la pensión.

3.3. El contenido constitucional protegido a través del amparo previsional.

El ámbito de protección del amparo provisional por principio está constituido por el derecho a la pensión. Ahora bien, respecto a este derecho, en la STC correspondiente a los Expedientes acumulados 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC, 0009-2005-AI/TC se estableció como contenido esencial del derecho fundamental a la pensión las siguientes dimensiones:



Como consecuencia de la delimitación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, resulta factible establecer el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, lo cual se plasmó en la STC 1417-2005-PA en la cual se especifican las pretensiones susceptibles de ser canalizadas a través del amparo:

- Los supuestos en los que se niegue al demandante el acceso al sistema de seguridad social.
- Los supuestos en los que presentada la contingencia, la Administración deniega a la persona el reconocimiento de una pensión de jubilación.
- Los supuestos en los que se vulnere el derecho a un mínimo vital.
- Los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia.
- Los supuestos de afectación al principio de igualdad producto del trato diferenciado a las personas en situación idéntica o sustancialmente análoga.

Sin embargo, la determinación del contenido constitucionalmente protegido y, por tanto, reconducible a sede constitucional, del derecho a la pensión no fue producto de una simple interpretación o exégesis constitucional, sino que representa la toma de posición de la judicatura constitucional frente a un problema de sobrecarga de la materia previsional. Resulta oportuno, en este contexto, detenernos someramente en lo que ha sido la evolución del proceso de amparo previsional en nuestro ordenamiento. Regulado en la Ley 23506 como una alternativa a la vía ordinaria, la mayor sencillez y celeridad del proceso de amparo causaron que las demandas en este proceso constitucional se extendieran hasta límites insospechados (proceso al que la doctrina llamó “amparización” de los procesos) con la consiguiente sobrecarga en los predios judiciales.

Ante tales circunstancias para revertir esta situación el Código Procesal Constitucional, cambió el modelo de amparo transformándolo de uno alternativo a otro residual, es decir en ausencia o defecto de una vía procedimental idónea igualmente satisfactoria para la reposición del derecho vulnerado o amenazado (de ahí que también resulte pertinente hablar de un amparo subsidiario).

La publicación de la STC 1417-2005, perfilando el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, permitió restringir aún más el radio de acción del amparo previsional.

3.4. Diferencia entre el amparo previsional y el proceso de tutela urgente.

No obstante lo señalado en el apartado anterior, con fecha 28 de junio de 2008, se publicó en el diario oficial *El Peruano*, el Decreto Legislativo 1067, que regula el proceso contencioso administrativo, estableciendo en el artículo 24 el *proceso de tutela urgente*, a través del cual se tramitarán las pretensiones relativas a materia previsional en cuanto se refieran al contenido esencial del derecho a la pensión.

Surge entonces la pregunta: ¿la existencia del proceso de tutela urgente en sede contencioso administrativo vacía de contenido al proceso de amparo previsional? La respuesta dependerá de varios factores, entre ellos: a) si el proceso de tutela urgente es un proceso sencillo y más rápido que el proceso de amparo; b) si el proceso de tutela urgente brinda una protección igual o superior al proceso de amparo.

En nuestra opinión lo correcto es establecer como parámetro de comparación desde el punto de vista formal los plazos de duración de ambos procesos: así se deben tener en cuenta los siguientes criterios:

1. En ambos procesos existen dos instancias a nivel judicial.
2. En el proceso contencioso administrativo, existe la posibilidad de que alguna de las partes plantee un recurso de casación (artículo 32, inciso 3) contra las sentencias expedidas en revisión por las Cortes Superiores y contra los autos expedidos por las mismas que, en revisión, ponen fin al proceso. Por su parte el proceso de amparo previsional si bien no prevé la casación, sí establece el recurso de agravio constitucional contra los autos o sentencias que en segunda instancia pongan fin al proceso. Nótese que en ambos casos (casación, recurso de agravio constitucional) no se trata de una tercera instancia, dado que en el caso de la casación no se permite frente a sentencias o autos que pongan fin al proceso (excepción hecha de las formuladas en revisión) mientras que en el caso del recurso de agravio constitucional sólo opera frente a resoluciones denegatorias (demandas improcedentes o infundadas) y por lo tanto no cualquiera de las partes lo va a presentar.

En suma, cualquier parangón de ambos procesos debe establecer como parámetro de comparación, tanto la eventualidad de que existan dos instancias judiciales, como la posibilidad que se llegue hasta la Corte Suprema (vía casación) o hasta el Tribunal Constitucional (vía recurso de agravio constitucional).

Un segundo nivel de análisis debe tener en cuenta el impacto en la realidad que va a tener la instauración del proceso de tutela urgente en sede contencioso administrativa para lo cual conviene preguntarse: ¿cuántos juzgados va a habilitar el Poder Judicial para conocer de estos tipos de procesos? ¿cuál se estima que va a ser el impacto en términos de carga procesal promedio en vista que las pretensiones previsionales sólo serán una de las materias a ser vistas en el proceso de tutela urgente como lo establece el citado artículo 24? Recordemos que el artículo 24 del Decreto Legislativo 1067 se señala además de los asuntos previsionales las siguientes pretensiones como objeto del proceso de tutela urgente:

1. El cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo

2. El cumplimiento por la administración de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme (...)

En segundo lugar, cabe preguntarse si el proceso de tutela urgente brinda una igual o superior protección que el proceso de amparo previsional. En este contexto, quisiéramos hacer una breve referencia a la represión de actos lesivos homogéneos. Éste “es un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos”⁴²³. Previo a la emisión de esta sentencia el Código Procesal Constitucional, en su artículo 60, recogió la institución de la represión de los actos lesivos homogéneos, de la siguiente manera:

“Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución. Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviviente”.

El propósito central de este instituto es el de garantizar la vinculatoriedad de las sentencias ejecutoriadas, evitando el inicio de un nuevo proceso constitucional frente a actos evaluados y sentenciados estimando la pretensión del demandante.

En términos operativos, se trata de una sentencia que declara fundada la demanda, fijándose un mandato de dar, hacer, no hacer. Si una vez ejecutado el fallo, se repite el acto lesivo del derecho fundamental, el demandante puede solicitar al juez de primera instancia (convertido en juez de ejecución) la represión del acto lesivo homogéneo.

⁴²³ STC 4878-2008-PA/TC, FJ. 3.

La institución de la represión de los actos lesivos homogéneos como mecanismo propio de los procesos constitucionales constituye un valor agregado para el amparo respecto a otros procesos dado que perfecciona y cautela más la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, propósito último y razón de ser de esta clase de procesos.

4. Amparo administrativo.

4.1. Introducción.

El objeto de estudio del derecho administrativo está constituido por:

- a) Estructura y organización del poder del Estado en que recae la función administrativa.
- b) Facultades que el poder público ejerce a fin de cumplir con su función administrativa.
- c) Medios financieros de los que se sirve el Estado para garantizar su actuación regular.
- d) Situación que guardan los gobernados frente al Estado.

Como ha dicho Jazmín Bonilla, “en el derecho administrativo no se estudian únicamente los problemas de organización y estructura que se presentan dentro del sector del Estado en que recaiga la función administrativa sino que también se estudia la relación Estado-gobernado. Esto es, podemos afirmar, con fines meramente metodológicos, que el derecho administrativo comprende dos grandes ramas de estudio, la primera la estructura del Estado en su función administrativa y, la segunda, la relación del Estado con sus gobernados”⁴²⁴.

No obstante la autonomía del Derecho Administrativo, esta rama del derecho público debe desarrollarse siempre vinculada con la interpretación del quehacer constitucional. En puridad, el proceso administrativo no constituye un compartimento estanco de categorías propias, desvinculadas de los fines del Estado, que son el objeto de estudio del Derecho Constitucional. Esta relación adquiere importancia debido al caos que genera la aplicación del principio de legalidad administrativo desvinculado del principio de supremacía de la Constitución.

⁴²⁴ BONILLA GARCÍA, Jazmín: “La materia administrativa”, en *El juicio de amparo en materia administrativa*, Joel Carranco Zúñiga (Coordinador), Porrúa, México, 2008, pp. 1-2.

Intentar afirmar que en el marco de un procedimiento administrativo debe observarse sólo el principio de legalidad, desvinculado de la observancia de las disposiciones constitucionales, tanto de derechos objetivos como de principios, constituye, sin más, la negación de la eficacia jurídica de la Constitución. Es decir, que la Norma Fundamental regiría y sería válida en la totalidad del ordenamiento jurídico, pero que su eficacia es limitada en sede administrativa, en donde su aplicación “cede” en apariencia a favor del cumplimiento de las disposiciones de índole legal. Esto supone un contrasentido jurídico, inaceptable en un Estado Constitucional de Derecho⁴²⁵.

En este sentido, es innegable que la relación del Derecho Constitucional frente a las diversas ramas del Derecho es una relación de dependencia, unidad y complementariedad. La Constitución fija parámetros generales de acción, pero también constituye el punto hacia donde las regulaciones sectoriales del Derecho deben, necesariamente, confluir. Ninguna ley podría contener disposiciones que contravengan los contenidos protegidos por la Constitución, así como el conjunto de valores que ella contiene. En este contexto, cabe señalar que las distintas ramas del Derecho, tienen cierta autonomía para autoconfigurarse, con la limitación de no exceder el marco constitucional fijado⁴²⁶. En este orden de ideas, la Administración se encuentra vinculada directamente a los derechos y deberes contenidos en la Constitución. Y, por ello, la interpretación y construcción del propio Derecho Administrativo “ha de hacerse a partir de las condiciones generales que se derivan del texto constitucional”⁴²⁷.

En este marco situacional, aparecen medios de defensa que pueden hacer valer los administrados, entre los cuales encontramos los *medios ordinarios* de defensa, entre los que se encuentran los recursos administrativos que se interponen ante la propia autoridad que emitió el acto, o ante el superior jerárquico de la misma, la que resolverá la contienda mediante una resolución que, de no ser satisfactoria para el administrado por considerarla arbitraria, debe ser combatida por el proceso contencioso administrativo. Asimismo tenemos como *medio extraordinario* de defensa, al proceso constitucional de amparo, con características propias que difieren del contencioso administrativo y que se erige como uno de los instrumentos procesales idóneos, en cuanto vía rápida y urgente para obtener tutela judicial frente a actos u omisiones arbitrarias o ilegales provenientes de la Administración del Estado.

⁴²⁵ DEL POZO, Claudia: *Control Difuso y Procedimiento Administrativo*. Palestra, Lima, 2005, p. 85.

⁴²⁶ Ibidem. pp. 87-88.

⁴²⁷ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1990, p. 91.

4.2. Delimitación conceptual.

Sostener que la Administración y la dogmática constitucional se encuentran en caminos totalmente divergentes, nos llevaría a una crisis del procedimiento administrativo; y, por consiguiente, a un caos del ordenamiento jurídico, debido a que los derechos en sede administrativa, deben interpretarse de acuerdo al texto constitucional. Asimismo, el hecho que la justicia administrativa no constituya una jurisdicción, no exime a la justicia administrativa del respeto de los derechos fundamentales.

De acuerdo al delineamiento constitucional establecido en el artículo 200, inciso 2, el amparo se interpone ante una presunta violación o amenaza de un derecho constitucional perpetrado por cualquier autoridad, funcionario o persona, sea a través de actos, hechos u omisiones, que pueden resultar también del ejercicio de alguna actuación regulada por el derecho administrativo; por ello, cuando estamos ante esta hipótesis de que el agravio constitucional o acto lesivo proviene de un acto que queda bajo el ámbito del derecho administrativo, es obvio que nos encontramos ante una manifestación concreta de un tipo especial o específico de amparo: el *amparo administrativo*. Sin embargo, este amparo debe mantener ciertos perfiles y características propias que lo diferencien del contencioso administrativo, pues ambos procesos pueden presentarse en rutas paralelas y equívocamente, conducir al justiciable a entablar un proceso u otro, desconociendo las condiciones del ejercicio de cada uno de ellos, como la *cláusula de residualidad* o la *tutela de urgencia*; situación que, a la larga, va a generar desconcierto en el ciudadano que puede presentar un proceso de amparo, y que puede llegar hasta el Tribunal Constitucional sin fortuna, pues en rigor debió residenciar un proceso contencioso administrativo. En este sentido el amparo, en cuanto proceso constitucional, debe diferenciarse del proceso contencioso administrativo: “si bien en ambos casos estamos en presencia de procesos contenciosos, la jurisdicción constitucional amparista está impuesta por la materia constitucional involucrada consistente en la protección de los derechos fundamentales reconocidos por el bloque de constitucionalidad (...) y por las leyes que lo desarrollan”⁴²⁸. De este modo, el amparo contra la Administración del Estado sólo se puede utilizar cuando esta última viola un derecho fundamental de un ciudadano, y no puede utilizarse como una vía ordinaria de control de la Administración del Estado.

⁴²⁸ SANMARTINO, Patricio Marcelo: *Principios constitucionales del amparo administrativo*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 65.

En consecuencia, cuando se impugnan actos, hechos u omisiones derivadas de una autoridad o funcionario en el ejercicio de sus actividad administrativa, y que pueden terminar en una resolución administrativa firme, lo primero es verificar si ese acto contiene o no manifestaciones complejas de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que afecten concretos derechos de cotización constitucional, para luego verificar el contexto de la concreta actuación administrativa, respaldada por su régimen jurídico específico.

Patricio Marcelo Sanmartino, en posición que aquí compartimos, afirma que el amparo administrativo –como las demás modalidades del amparo– no se desgaja ni aísla de su género, sino que “antes bien, a partir de la idea de amparo administrativo brindamos mayor precisión conceptual, capturando las especificidades jurídicas que ofrece esta manifestación de la jurisdicción constitucional en relación a sus presupuestos básicos de admisibilidad y procedencia”⁴²⁹.

En conclusión, el amparo administrativo puede ser definido como un proceso constitucional de carácter urgente para obtener tutela judicial frente a actos u omisiones arbitrarias o ilegales de la Administración Pública, cuando ésta vulnera los derechos fundamentales de los administrados.

El amparo administrativo habilita al justiciable a que, cuando se produzca un acto, se pronuncie una resolución, o se incurra en omisión, por parte de una autoridad administrativa, que afecte a un administrado, y no exista posibilidad de acudir ante un tribunal administrativo o proceso contencioso administrativo que sea igualmente satisfactorio, entonces puede combatirse el agravio de manera inmediata a través del amparo⁴³⁰.

4.3. Las características del amparo administrativo.

Aun cuando debe quedar claro que las tipologías que aquí venimos esbozando no son más que particularidades que delinean una modalidad específica de amparo, bien cabe encontrar determinadas características

⁴²⁹ SANMARTINO, Patricio Marcelo: op. cit., p. 64.

⁴³⁰ La Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 121 publicó la *Propuesta para una reforma de la Justicia Contencioso-Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia*. Así, tan sólo en la estructura de tiempos en el proceso contencioso administrativo, la Defensoría del Pueblo en su lapidario informe señala: “La lectura de las cifras no es alentadora. Sólo en primera instancia, el proceso puede durar un año y 10 meses hasta la sentencia. Si se apela, el promedio hasta su resolución será de un año y tres meses. Si se interpone el recurso de casación, habría en promedio dos años y 6 meses más de espera. En total, el promedio de duración de un proceso contencioso administrativo, en todas sus etapas, es de 5 años y 7 meses” (Cfr. Lima, 2007, p. 166).

propias de cada una de las especies de amparo que aquí se postulan. Así, en el caso del amparo administrativo estas características son, entre otras, las siguientes:

- a) De ordinario el acto lesivo que se cuestiona se encuentra vinculado con la ilegitimidad de la actuación administrativa. En efecto, en sede administrativa se manifiesta la actuación funcionarial del Estado en resoluciones administrativas. En consecuencia, en este particular proceso constitucional se inquiere y penetra en el análisis del régimen de determinada función administrativa, en los principios y normas que rigen la actuación concretamente cuestionada⁴³¹.

Desde luego, se apreciará que dicho régimen no sólo emana de las leyes que rigen la Administración Pública, de los reglamentos, de resoluciones administrativas de carácter general o de precedentes administrativos válidos. Aparte de ello, el parámetro para enjuiciar y resolver este tipo de incertidumbre jurídica, debe verse y apreciarse desde el marco constitucional, en tanto éste, como ya dijimos irradia una serie de contenidos materiales que forman parte de los derechos ius-fundamentales del administrado, principios como la interdicción a la arbitrariedad, el abuso del derecho y la discrecionalidad.

- b) Existe una singularidad que se manifiesta relevante en el amparo administrativo y está relacionada con las particularidades procesales que se derivan de su procedencia en un escenario en donde el amparo ya no es más un proceso *alternativo* u *optativo*, tal como lo recogía la anterior Ley de Hábeas Corpus y Amparo, Ley 23506, sino que hoy, de acuerdo a la nueva regulación impetrada en el Código Procesal Constitucional, específicamente en el artículo 5, inciso 2, el amparo se configura como un *proceso residual*, es decir como una vía excepcional frente al proceso contencioso administrativo que se constituye en la vía natural para reclamar o impugnar cualquier actuación de la autoridad administrativa; lo que finalmente ocasionaría que este proceso constitucional corra el peligro de ceder su competencia para dilucidar materias de régimen administrativo que puedan ser relevantes desde una óptica constitucional.

⁴³¹ Como consecuencia de un reciente muestreo, los procesos administrativos inciden, según el Informe N° 121 de la Defensoría del Pueblo contra: Oficina de Normalización Provisional, 338 casos (35%); EsSalud, 231 casos (24%); Ministerios, 160 casos (17%); Municipalidades distritales de la provincia de Lima, 121 casos (13%); Fuerza Aérea del Perú, 13 casos (1%); personas naturales, 12 casos (1%); personas jurídicas, 8 casos (1%); otras entidades públicas, 81 casos (8%) (Cfr. *Propuesta para una reforma de la Justicia Contencioso-Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia*, op. cit., p. 62).

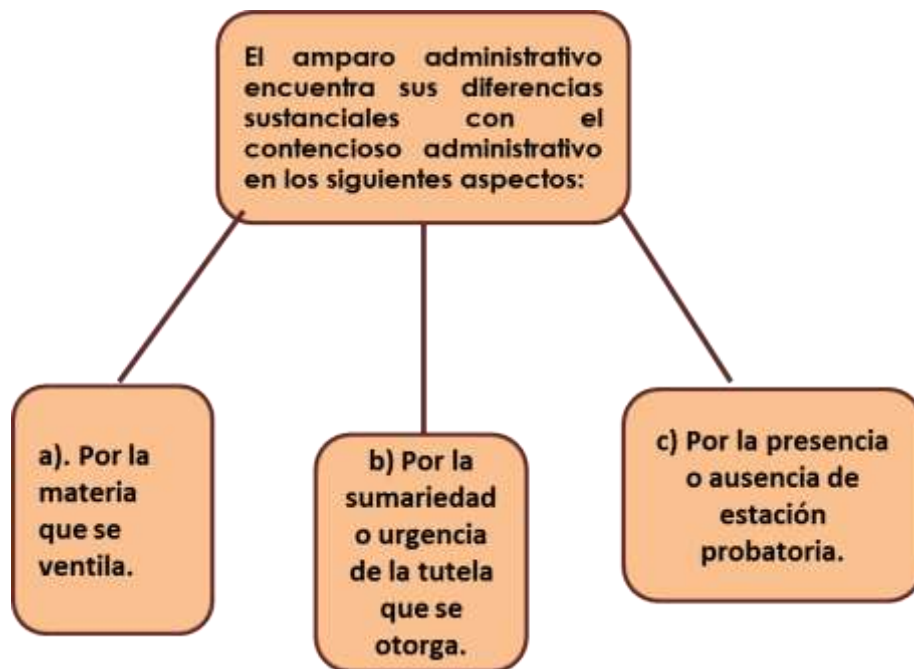
La situación, con todo, no debe llamar a confusión, puesto que existen casos en los que con meridiana claridad se puede establecer la vía procesal idónea para discutir las decisiones tomadas en sede administrativa. Así, cuando los derechos afectados por el ente administrativo son derechos de configuración legal y no derechos de sustento constitucional directo, la vía que corresponde actuar es definitivamente la vía judicial ordinaria del contencioso administrativo. Del mismo modo, si en la controversia se verifica una situación compleja que requiere dilucidarse a través de una amplia actuación probatoria, el contencioso administrativo también será la vía que debe activarse para resolver el caso en cuestión, descartando de plano el contencioso constitucional del amparo.

A este respecto, ya el TC ha desarrollado una ruta de predictibilidad procesal sobre cuáles son los supuestos en los cuales cabe residenciar una demanda de amparo o un proceso contencioso administrativo, con el objeto de impugnar la actividad de la Administración Pública. Así por ejemplo, en los casos relacionados con materia previsional, a través de la STC 1417-2005-PA/TC, caso Anicama Hernández, el TC ha establecido en qué circunstancias las resoluciones emitidas por la Oficina de Normalización Previsional son impugnables vía el amparo o el contencioso administrativo. Igualmente, en el caso de los procedimientos disciplinarios de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad pública, el Tribunal ha establecido los supuestos de procedencia del proceso constitucional y del contencioso administrativo.

4.4. Diferencia entre el amparo administrativo y el proceso contencioso administrativo.

Es obvio que tanto el amparo administrativo como el contencioso administrativo, aunque resulte tautológico reconocerlo, son *prima facie* procesos judiciales; sin embargo, la competencia de ambos difiere en cuanto al tipo de jurisdicción que se encarga de dilucidarlos. Así, el amparo administrativo es conocido por la jurisdicción constitucional, aún cuando en las dos primeras instancias sea visto por el Poder Judicial, que en este caso asume el rol de judicatura constitucional; mientras que el proceso contencioso administrativo es visto por la judicatura ordinaria.

Sin embargo, la diferencia fundamental no estriba en las formalidades anunciadas, sino en tres aspectos que pueden presentarse copulativamente o sólo en forma parcial.



a) Por la materia que se ventila.

Por lo general, en el caso del amparo administrativo la controversia va a girar en torno a actos que representan una afectación concreta de derechos fundamentales de sustento constitucional directo, mientras que el contencioso administrativo se orienta más bien a la interdicción de decisiones administrativas que configuran la afectación de derechos de configuración legal. Es decir, mientras en el primer caso la materia será una estrictamente constitucional, en tanto lo que se discute es la concreta afectación sobre un contenido o posición ius-fundamental que se deriva directamente de la Constitución, en el segundo caso, la posición subjetiva que se afecta y que lleva a la interposición del proceso judicial está basada en un derecho que ha sido configurado a nivel legal o infralegal, por lo que la materia no será constitucional, sino legal o simplemente reglamentaria o administrativa.

Delimitado correctamente el amparo como proceso constitucional administrativo, ello lleva a considerar, en resumen, que los derechos de origen y naturaleza administrativa, tales como los derechos nacidos de un contrato o

acto administrativo, están excluidos del ámbito amparista, siendo en tales casos el proceso contencioso administrativo, el cauce formal de tutela adecuado para su debate⁴³².

Es necesario precisar, sin embargo, que esta diferenciación es un tanto relativa, por cuanto a través del amparo administrativo se pueden también verificar vulneraciones de derechos fundamentales de configuración legal, siempre y cuando éstas se produzcan no sobre la materia que es competencia de libre configuración por parte del legislador, sino sobre el contenido mínimo de ese derecho que puede desprenderse desde la propia Constitución.

En igual sentido se ubica también Sanmartino cuando concluye que “cuando en el ámbito de la relaciones ius-administrativas, esté en juego la sustancia de un derecho constitucional o de uno reconocido por un tratado o se interfiera o impida el goce de un derecho subjetivo consagrado específicamente por una ley reglamentaria de aquéllos, tal circunstancia posibilitará la apertura del amparo”⁴³³.

Por otro lado, en la vía del proceso contencioso administrativo, igualmente se pueden observar afectaciones que se producen sobre derechos de la más pura cepa constitucional, es decir sobre derechos de sustento y contenido constitucional directo, pues en este proceso contencioso ordinario, el canon de evaluación de la actividad administrativa no sólo es un canon de legalidad, sino que a ello se suma también un parámetro de constitucionalidad. Lo que viene sucediendo actualmente con el contencioso administrativo es que a raíz de la promulgación del Código Procesal Constitucional y de la emisión de una serie de precedentes vinculantes por parte del Tribunal Constitucional, este proceso ha asumido casi todas las materias que otrora le correspondían a la vía constitucional del amparo; y ello porque el amparo justamente producto de dichas innovaciones ha devenido en un proceso excepcional o residual frente a los procesos de la jurisdicción ordinaria y porque, como ya dijimos, el contencioso administrativo también contempla un canon de evaluación constitucional, configurándose, por tanto, como una vía específica frente al proceso constitucional, máxime si lo que se discute es una decisión o acto de carácter administrativo. Más aún con la incorporación en la regulación del contencioso administrativo de las medidas cautelares se considera a este proceso ordinario como un proceso igualmente satisfactorio que el amparo, reservándose para la sede jurisdiccional sólo los casos que representen una

⁴³² SANMARTINO, Patricio Marcelo: op. cit., p. 288.

⁴³³ Ibidem.

situación de especial urgencia que requiera la tutela del proceso constitucional de amparo.

b) Por la sumariedad o urgencia de la tutela que se otorga.

Podemos diferenciar claramente el proceso contencioso administrativo del proceso constitucional, en este caso del amparo administrativo. Y es que, como ya se tiene dicho, dada la naturaleza excepcional, residual o heroica del amparo, este proceso se yergue actualmente solo para la defensa de los derechos fundamentales cuando éstos se encuentran amenazados gravemente y se requiere de un proceso urgente que pueda solucionar el conflicto de una manera rápida y efectiva. Como tradicionalmente se concibió el amparo, este proceso constituye una vía de conocimiento rápido y sumario, pertrechado de una serie de instrumentos que permiten una solución pronta y efectiva a las controversias constitucionales puestas a su disposición. Así, los plazos breves establecidos en la legislación de la materia para el cumplimiento de las distintas etapas del proceso, sumado al trámite preferencial que se brinda al amparo sobre cualquier otro proceso de la jurisdicción ordinaria, así como la ausencia de una etapa de estación probatoria y los apremios establecidos para la ejecución de la sentencia, hacen de este proceso un proceso especialmente célere para la protección y defensa efectiva de bienes especialmente valiosos para el ordenamiento jurídico, como los derechos fundamentales.

En sentido contrario, el contencioso administrativo es un proceso de conocimiento pleno, con estación probatoria, sin una preferencia en su tramitación y sin los apremios para su dilucidación pronta y efectiva. Por otro lado, más allá de los plazos establecidos en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo que, por lo general, son más dilatados, e incluso aún en el caso de que sean más breves, como sucede en el caso del contencioso sumarísimo y el contencioso urgente, este proceso resulta en los hechos siendo mucho más prolongado que un proceso de amparo; y es que, en nuestro país, por la inmensa carga procesal que soporta el Poder Judicial, sumado al trasvase de expedientes de la judicatura constitucional a la judicatura ordinaria producto de la nueva regulación del amparo; y a pesar de la creación de nuevos juzgados y salas contencioso-administrativas, hoy por hoy es imposible hablar de una tutela de urgencia en la vía del contencioso administrativo; por lo que el proceso de amparo aún sigue siendo útil para resolver conflictos de naturaleza constitucional cuando esté en juego también una situación de necesidad o urgencia.

En resumen, a diferencia de las vías tradicionales de control de la Administración del Estado, es decir, como control de respeto de las competencias legalmente atribuidas del poder público, el amparo, tiene otro fin, determinado por el auxilio urgente al ciudadano vulnerado en su esfera jurídica subjetiva fundamental. Por ello es que, a diferencia del control tradicional de la Administración, en el amparo no hay denunciante, sino partes; no es un proceso objetivo contra un acto, sino subjetivo o para ser más consecuentes con su naturaleza jurídica, tienen una dimensión subjetiva y objetiva. Y obviamente no tiene como único propósito controlar la sumisión de las autoridades públicas al principio de legitimidad. Pero el mérito, obviamente, no consiste sólo en eso, sino en fijar las bases mediante las cuales será posible demandar a la Administración del Estado mediante un proceso constitucional que, sin romper con las exigencias de la contradicción e igualdad, supone una urgencia y preferencia en la respuesta jurisdiccional. Todo ello se traduce en dos conclusiones principales: que la Administración del Estado no será controlada ordinariamente por esta vía, sino sólo excepcionalmente cuando aparezcan derechos fundamentales involucrados, y que la Administración del Estado, como en todo proceso judicial, será considerada como una parte procesal que se enfrenta en iguales términos con la parte demandante, y ello se traduce en que cuenta con todas las cargas y expectativas procesales que hoy en día conforman un derecho fundamental a un debido proceso.

c) Por la presencia o ausencia de estación probatoria.

El amparo administrativo se diferencia del contencioso administrativo, como ya anotamos, en que mientras el primero, por su propio carácter sumario y de conocimiento breve, no cuenta con estación probatoria donde se puedan actuar pruebas que generen una mayor dilación del proceso, el segundo sí cuenta con dicha estación probatoria y puede asumir un conocimiento más complejo que la situación controvertida plantee.

5. Amparo tributario.

5.1. Introducción.

La Constitución de 1993 en su Título I, Capítulo IV, artículo 74 ha contemplado el régimen constitucional tributario aplicable a nuestro país dejando establecido que: “El estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto a los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter

confiscatorio. (...) No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”. Es decir, el Estado, para la defensa de los derechos fundamentales del contribuyente y la limitación de la potestad tributaria estadual ha establecido los denominados “Principios Constitucionales en materia tributaria”, los cuales son de observancia obligatoria por las entidades administradoras del tributo. En esta lógica, el TC interpreta que “[...] cuando la Constitución establece dichos principios como límites informadores del ejercicio de la potestad tributaria ha querido proteger a las personas frente a la arbitrariedad en la que puede incurrir el Estado cuando el poder tributario se realiza fuera del marco constitucional establecido (...)”⁴³⁴.

El profesor argentino Rodolfo R. Spisso⁴³⁵ ha enfatizado que: “El estado actual de la cuestión pone de manifiesto que el imperativo de la hora actual es tratar de hallar nuevas fórmulas para el ejercicio racional del poder tributario por parte de la nación las provincias y las municipalidades, de forma de posibilitar la plena realización del programa constitucional, en un marco de respeto de los derechos fundamentales”, para nuestro país, la adopción de principios tributarios de rango constitucional demuestra que estamos buscando esa forma racional de que el estado ejerza dicho poder tributario sin afectación de los derechos fundamentales de la persona, lo cual refuerza nuestra finalidad como Estado Constitucional de Derecho.

Del mismo modo, los contribuyentes en el actuar cotidiano con la administración tributaria gozan de las garantías relativas al debido proceso señaladas en el artículo 139 de la Constitución.

Reconocida la potestad tributaria del Estado y la imperiosa necesidad de recaudar tributos, ya que sin tales recursos no podría subsistir el Estado, ello no debe conducir a desconocer los derechos de los contribuyentes, debido a que los mismos han dejado de ser súbditos para convertirse en ciudadanos. En efecto, en los Estados modernos no sólo importa el poder impositivo del Estado, sino que también, y en paralelo se debe afirmar los derechos fundamentales en materia tributaria en favor de los contribuyentes o gobernados.

5.2. Conceptualización del amparo tributario.

Antes de definir el “amparo tributario” es oportuno recordar a Carnelutti, quien luego de resaltar la naturaleza jurídica del fenómeno financiero, y en

⁴³⁴ STC 2689-2004-AA/TC, FJ. 13.

⁴³⁵ SPISSO, Rodolfo: “Poder Tributario”, en *Derecho Constitucional Tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 64.

particular del tributario, observa que el presupuesto del derecho en sentido objetivo es el “conflicto de intereses” y que este fluye, con claridad, como respuesta a las preguntas que hayan de formularse en torno al fenómeno tributario. Si el Estado (o el organismo público) tiene interés en tomar del ciudadano el mayor número de bienes o los mayores recursos posibles y el ciudadano, entre tanto, procura pagar lo menos que sea posible, es natural que surja un “conflicto” que debe ser resuelto⁴³⁶.

El amparo tributario, en tal perspectiva se presenta como un proceso constitucional que involucra la tutela de derechos de contenido constitucional, en virtud de actuaciones u omisiones provenientes del ejercicio de la potestad tributaria y que, teniendo en cuenta los bienes en juego, exige un trámite rápido y una decisión inmediata y urgente.

El amparo tributario surge, en consecuencia, como un mecanismo procesal para la protección y defensa de los derechos fundamentales del contribuyente ante violaciones o amenazas de violación realizadas por la autoridad estatal en ejercicio de su poder tributario, el cual se patentiza no sólo en la potestad coactiva del cobro de los tributos, sino en la producción misma de las normas que generan las cargas tributarias⁴³⁷, ámbitos ambos que se encuentran sujetos al respeto de los principios constitucionales tributarios.

El derecho argentino ha conceptualizado al amparo tributario como un proceso cuya pretensión procesal por vía de impugnación de acto administrativo, controla los excesos de la autoridad pública y para el control de datos informáticos⁴³⁸.

Jurisprudencialmente, el Tribunal Constitucional no ha tenido la oportunidad de definir este tipo de procesos de amparo. Sin embargo, de su jurisprudencia puede evidenciarse de manera clara el ámbito de protección y el contenido de los principios constitucionales que orientan el actuar de quienes ostentan el poder fiscal.

⁴³⁶ CARNELUTTI, Francesco: “Introduzione allo studio del diritto processuale tributario”, en *Rivista Diritto Processuale Civile*, 1932, I, pp. 105 y ss.

⁴³⁷ Es necesario tener en cuenta que gran cantidad de los casos reconducidos a través del “amparo tributario” tratan de inaplicación de normas legales tributarias, tanto del gobierno central como de los gobiernos regionales y locales. Al respecto vid. COELLO CETINA, Rafael: *Amparo contra leyes tributarias autoaplicativas*, Porrúa, México, 2003.

⁴³⁸ NAVARRETE, Susana: “Medidas Cautelares y Amparo Tributario” en *Tratado de Tributación*, T I. Derecho Tributario, Astrea, Buenos Aires, 2003.

En materia constitucional tributaria, se puede hablar del *amparo por mora*, y que bien puede definirse como un recurso por retardo, con especial referencia a la demora en la resolución de los reclamos de repetición por pago espontáneo de impuestos no resueltos dentro del plazo legal y, en el caso de la persona natural o jurídica perjudicada, en el normal ejercicio de un derecho o actividad por demora excesiva de los empleados administrativos en realizar trámites propios del procedimiento administrativo tributario. En este sentido, cabe señalar que para un sector de la doctrina, especialmente la venezolana, el amparo tributario es una figura independiente del amparo constitucional, con la cual sólo comparte el nombre y un origen común, y que procede cuando la Administración Tributaria incurra en demoras excesivas en resolver peticiones de los interesados y ellas causen perjuicios no reparables.⁴³⁹ De esta manera, el amparo tributario no viene a ser una especie de amparo constitucional, sino un medio de acción judicial de excepción a que los contribuyentes se hacen acreedores ante la negligencia en el actuar de la Administración Tributaria, constituyéndose como un remedio frente a la inactividad absoluta; por tanto, allí donde hay una decisión, un acto, una actuación material, no habría amparo tributario.⁴⁴⁰ Para otro sector, el amparo tributario debe ser identificado con la institución que le ha servido de matriz, es decir, con la institución del amparo constitucional, intentada no sólo con respecto a la “inercia” de la administración en resolver una petición del interesado, sino que puede irradiar su protección hasta las vías de hecho y otras arbitrariedades cometidas por las autoridades tributarias⁴⁴¹. Como se observa, la posición de Venezuela, a propósito del amparo tributario, tiene su origen en el amparo por mora argentino⁴⁴², el cual es una vía que posibilita a quien es parte en un procedimiento administrativo acudir a la vía judicial para que se emplace a la Administración Pública, concebida ésta en un sentido amplio, a expedirse en forma expresa con respecto a su solicitud, reclamo o gestión, en el caso de

⁴³⁹ Artículo 302 del Código Orgánico Tributario de Venezuela

⁴⁴⁰ PITTALUGA FRAGA, Luis. “*Algunas Notas Sobre el Amparo Tributario en Venezuela*” en Revista de Derecho Público N° 80 – Diciembre. Editorial Jurídica Venezolana. 1999. p. 39.

⁴⁴¹ RUAN SANTOS, G., “El amparo tributario en Venezuela” en Revista de la fundación Procuraduría General de la República, N° 1, Caracas, 1986, pp. 69 y ss.

⁴⁴² Ley 19.459: “*Ley Nacional de procedimientos Administrativos*” (Boletín Oficial – BO –, del 27/04/1972) y sus modificatorias, en las que cobra especial relevancia la Ley 21.286 (BO del 25/11/1977), en su artículo 28 dice: “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden, si correspondiere, para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes”.

existir una demora injustificada por parte de ella. No obstante, el *nomen iuris* otorgado a este instituto, no parece ser la posición seguida en el ordenamiento jurídico peruano, debido a que no tenemos, dentro de nuestro Código Tributario, como si sucede en Venezuela, una figura autónoma denominada Amparo Tributario; muy por el contrario, en nuestro medio procede el amparo tributario cuando se vulnere o amenace cualquier derecho contemplado en la Constitución, pero cuya autoridad responsable es la Administración Tributaria, en el ejercicio de su potestad impositiva y que tiene que ver con esa compleja urdimbre de cargas que son los impuestos, tributos, etc.

5.3. Ámbito o contenido del amparo tributario. Tutela de principios constitucionales tributarios.

Eusebio Gonzáles García de la Universidad de Salamanca sostiene que “principios constitucionales tributarios son aquellos principios de todo ordenamiento jurídico público que son también de aplicación al ámbito tributario. Los de legalidad, igualdad, seguridad jurídica, son principios del ordenamiento jurídico público también aplicables al ámbito tributario, por eso son principios constitucionales; lo sustantivo es lo constitucional; lo adjetivo, lo tributario. No así sucede con otros principios, que son principios constitucionales constitucionalizados: por ejemplo el principio de capacidad contributiva. Es un principio tributario que está constitucionalizado. No es lo mismo, principios constitucionales tributarios que principios tributarios constitucionalizados. En un caso se pone el acento en lo sustantivo, en otro caso se pone acento en lo adjetivo (...)”⁴⁴³.

Los principios constitucionales tributarios forman parte de todo el conjunto de principios rectores de lo que se denomina la *Constitución económica y financiera*; es decir, aquellas directrices que en conjunto orientan la forma como el Estado y los individuos deben actuar o intervenir en la economía de nuestro país.

Siendo así, lo primero a tomar en cuenta para entender su función y delimitar su contenido, es el modelo de Estado que auspicia la Constitución, el cual, conforme lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional, de una interpretación conjunta de los artículos 3 (*numeros apertus*) y 43 (Estado social y democrático), presenta las características básicas de un estado Social y

⁴⁴³ Citado por CASÁS, José: “Contenidos del Derecho Constitucional Tributario”, en *Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente. A partir del Principio de Reserva de ley tributaria*. Ad-Hoc S.R.L, Buenos Aires, 2005, vid. especialmente el Capítulo I, pp. 49 yss.

Democrático de Derecho; por lo que, a partir de esta concepción, se reconoce la libre iniciativa privada, la economía social de mercado, pero debiendo ser interpretadas en función al valor supremo de nuestro Estado Constitucional, cual es, el respeto a la dignidad de la persona humana (art. 1 de la Constitución).

En el Estado Social y Democrático de Derecho (ESD), se busca conciliar los legítimos intereses de la persona, de manera individual, con aquellos intereses de la sociedad y el Estado; y es ahí, donde derechos como el de propiedad -cuya afectación es lícita a efectos de la tributación- no sólo se entienden y respetan en tanto derecho privativo de la persona sino en cuanto a su función social.

Es en este marco, donde deben entenderse la función del tributo y el ejercicio de la potestad tributaria; lo que supone las siguientes exigencias: a) el Estado debe ejercer dicha potestad dentro de los límites formales y materiales que la constitución establece, promoviendo una distribución justa de la carga tributaria y el gasto; e, impidiendo la afectación de derechos; b) los ciudadanos deben asumir su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos a través del pago de tributos.

Este deber de contribuir se encontraba expreso en la Constitución de 1979 en el artículo 77; sin embargo, ello no es óbice, para que no se invoque en la actual Constitución, resultando implícito; toda vez que, el fundamento de la imposición no solo se centra en aquella facultad constitucional otorgada al estado para crear tributos sino en el propio deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado.

Debe aclararse que cuando hablamos de ejercicio de potestad tributaria del Estado, ésta debe entenderse en tres niveles: Gobierno Central, Regional y Municipal -estando estos últimos limitados a la creación de contribuciones y tasas mediante las fuentes normativas que les son propias: las ordenanzas.

De este modo, podemos resumir el rol de los principios constitucionales tributarios en el marco de la Constitución económico financiera, para el cumplimiento de 3 finalidades básicas: límites al ejercicio de la potestad; garantía de protección de los derechos fundamentales; directrices para la actuación de la administración (por el respeto a los derechos fundamentales, deberá tomarse en cuenta, por ejemplo el debido proceso en las fiscalizaciones y procesos de cobranza coactiva, presumir la buena fe del contribuyente, etc)

Otra cuestión a tomar en cuenta para evaluar los principios constitucionales tributarios, es entender el tipo de norma que representa dentro del texto constitucional.

En el marco de la problemática que presenta el amparo tributario, como en las demás manifestaciones del amparo, se presenta el fin al que aspira todo orden constitucional. Así, Marcel Prelot dirá que el fin es la técnica del poder, Mikine Guetzevich, esgrimirá que es la técnica de la libertad. Sin embargo, frente a estos extremos, en términos sintéticos podemos decir que el derecho constitucional es la técnica de equilibrio entre la autoridad y la libertad. En este marco situacional, una Constitución, representa el orden jurídico fundamental del Estado, donde se establece el ámbito de libertad reservado a los ciudadanos (caribdis) y la forma como los órganos constitucionales o poderes públicos ejercer el poder o las competencias que le son atribuidas (escila).

Justamente, dada esa naturaleza, una Constitución no es en rigor una norma, sino más bien un conjunto de ellas, pues su carácter abierto y general, hace que contenga normas que antes de ser reglas de aplicación directa, se traten de principios generales, jurídicamente indeterminados. Por ejemplo, en la Constitución existen proclamaciones tales como: “la Constitución no ampara el abuso del derecho” o los propios principios constitucionales tributarios, cuyo contenido no deviene directamente del texto constitucional sino que encuentra referente en la doctrina y la jurisprudencia, pero adquieren vinculación para todo el ordenamiento jurídico, justamente gracias a la interpretación suprema que haga de ellos el Tribunal Constitucional.

5.4. Características del amparo tributario.

Entre los caracteres específicos que asume esta modalidad de amparo tenemos:

- a) El proceso de amparo al ser una garantía destinada a la protección de los derechos que se derivan o tienen sustento directamente en la Constitución, comprende dentro de su ámbito protector a los derechos constitucionales de los contribuyentes, los que pueden ser objeto de excesos y abusos por parte de la Administración Tributaria. Lo expresado lleva a la polémica de determinar si los principios constitucionales tributarios consagrados en el artículo 74 de la Constitución de 1993, tienen el carácter de derechos fundamentales del contribuyente. En rigor, una cosa son los derechos fundamentales y otra, los principios constitucionales. Estos últimos son

directrices, pautas hermenéuticas y se presentan como límites infranqueables para cualquier régimen político. En este sentido, el amparo tutela no sólo los derechos fundamentales, sino también y, como consecuencia de ello, los principios fundamentales o constitucionales. En esta perspectiva es que el TC expresa: “(...) se puede decir que los principios constitucionales tributarios son límites al ejercicio de la potestad tributaria, pero también son garantías de las personas frente a esa potestad; de ahí que dicho ejercicio será legítimo y justo en la medida que su ejercicio se realice en observancia de los principios constitucionales que están previstos en el artículo 74 de la Constitución, tales como el de legalidad, reserva de ley, igualdad, respeto de los derechos fundamentales de las personas y el principio de interdicción de la confiscatoriedad”.⁴⁴⁴ Lo expresado se fundamenta en razones históricas; puesto que los impuestos más que configurarse como una norma jurídica se presenta como un fenómeno económico, confiscatorio, de naturaleza impositiva. Recuérdese que, en el medioevo los señores feudales eran cuanto más intemperantes en tanto que establecían cada vez contribuciones más graves y más pesadas para sus súbditos. Y también sabemos que la forma de colonialismo de los romanos, entre otros elementos, implicaba desde luego el cobro de elevados impuestos a los pueblos vasallos.

Sin embargo, en el moderno Estado Constitucional, el tributo pasa de ser simplemente este fenómeno impositivo, coactivo, económico, a convertirse en una verdadera norma jurídica, a generar la relación jurídica tributaria en la cual, en un extremo, encontramos al Estado, con su antiguo poder tributario, impositivo. Pero en el otro extremo ya no se encuentra un inocente y desamparado súbdito o gobernado que no tiene mayores defensas frente al Estado, sino que ahora surge el contribuyente, cuyo límite, capacidad y posibilidad de contribuir son, precisamente, los principios constitucionales tributarios consagrados en nuestra Carta Magna.

- b) No sólo los principios mencionados en el artículo 74 de la Constitución constituyen límites a la potestad tributaria del Estado; también lo son los derechos fundamentales de la persona, tal y como se desprende del segundo párrafo del referido artículo: “El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar (...) los derechos fundamentales de la persona”. En consecuencia, el proceso de amparo puede activarse ante la vulneración, por ejemplo, de la garantía del debido proceso, según lo que se observa en la sentencia recaída en el Expediente N° 2689-2004-AA/TC donde el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente: “Conforme reiteradamente lo ha señalado este Tribunal el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución,

⁴⁴⁴ STC 02689-2004-AA/TC, FJ 12

establece, como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, el cual no sólo se limita a las formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos sancionatorios. En tal sentido, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo (...) o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso. (...) lesionar el derecho al debido proceso implica que, durante el proceso administrativo de cobranza de deuda tributaria, al demandante se le priva, por lo menos, del ejercicio de alguno de los referidos derechos integrantes del contenido esencial del debido proceso (...). De la misma manera sucede con el derecho de defensa, conforme a lo expresado en la sentencia recaída en el Expediente N° 0417-2005-AA/TC, donde el mismo Colegiado se pronunció con referencia al procedimiento de ejecución coactiva respecto a tributos administrados por el gobierno central y sostuvo lo siguiente: “(...) el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés. (...) En el extremo que se discute de autos –donde se contrapone la actuación de oficio del Estado bajo la presunción de legalidad de sus actos (iuris tantum) frente a un particular –, la vulneración del derecho de defensa quedaría fehacientemente constatada si se comprobase que la Administración Tributaria ha sustentado sus conclusiones en base a pruebas inexistentes o desconocidas, pues ello determinaría la imposibilidad de contradecirlas y, obviamente, defenderse contra ellas; más aún si tales pruebas, por sí mismas, resultaron sustanciales y determinantes para la resolución de la controversia”.

- c) En esta misma línea, se puede decir que el listado de derechos protegidos por el proceso amparo descritos en el artículo 37 del C.P.Const. ha sido elaborado sin tener en cuenta la materia constitucional tributaria⁴⁴⁵. Para demostrar lo expresado, tomemos otro ejemplo, donde la Administración Tributaria vulnera el principio de presunción de inocencia, que a simple vista parece de imposible o remota realización; situación que se presenta en la STC N° 01164-2000-AA/TC, en donde el Tribunal Constitucional, en sus siguientes fundamentos, expresa:

“2. El artículo 2.º del Decreto Legislativo N.º 848 prohíbe acogerse al régimen de fraccionamiento especial a las personas naturales, a las cuales se les

⁴⁴⁵ AA.VV. *Manual de los Procedimientos y Procesos Tributarios*. Daniel Yacolca Estares (Director). Ara Editores. Lima, 2007, p. 904.

hubiera abierto instrucción por delito tributario o aduanero, y a las empresas que ellas representen, ya sea que el proceso se encuentre en trámite. El literal "b" del artículo 3° de la Resolución Ministerial N° 176-96-EF/15 establece que también están comprendidos en el régimen, las empresas a cuyos representantes se les hubiera abierto instrucción, si el proceso se encuentra en trámite, aun cuando ya no se desempeñen como sus representantes.

3. Si bien no constituye un derecho constitucional la posibilidad de acogerse a un régimen de fraccionamiento tributario, el Tribunal considera que la aplicación de los artículos señalados en el fundamento anterior vulneran el derecho constitucional a la presunción de inocencia, reconocido en el literal "e" del inciso 24) del artículo 2.° de la Constitución Política del Perú, toda vez que se impide a la demandante acceder a un beneficio tributario, sin que exista una sentencia condenatoria firme contra su representante; es decir, sin que se haya declarado su responsabilidad penal mediante resolución judicial firme.

9. Consecuentemente las resoluciones, que deniegan el otorgamiento del fraccionamiento solicitado, teniendo como fundamento el impedimento mencionado, son inaplicables a la demandante, por vulnerar la disposición constitucional acotada".

La omisión planteada es evidente, si se considera que existen derechos constitucionales específicos en materia constitucional tributaria cuya amenaza o violación puede poner en marcha el mecanismo residual del amparo.

- d) Otra característica que se aprecia de la lectura del artículo 74 de la Constitución Política de 1993, es que los principios de legalidad, reserva de la ley y de no confiscatoriedad de los tributos no han sido expresamente incluidos en el artículo 37 del C.P.Const. Sin embargo, se entiende que estos principios están comprendidos dentro del numeral 25 del referido artículo 37, en tanto éste establece que también pueden ser protegidos a través del proceso de amparo “Los demás (derechos) que la Constitución reconoce”.

En este orden de ideas, el ejercicio de la potestad tributaria en nuestro país no sólo debe realizarse respetando los principios mencionados. Además, por aplicación del numeral 25 del artículo 37 antes citado y del segundo párrafo del artículo 74 de la Constitución, el ejercicio de la potestad tributaria debe realizarse respetando cualquier derecho fundamental de la persona que de un modo u otro pudiera vincularse con la tributación.

- e) Otro aspecto a tener en cuenta es lo expuesto por la Suprema Corte de Estados Unidos, la cual estipula con toda claridad que no les corresponde hacer la política tributaria, para la cual está el ejecutivo y sobre todo el legislativo, el órgano representativo por excelencia en toda democracia.

Dado lo anterior, en Estados Unidos es constitucional imponer a un segmento industrial el pago de impuestos más elevados que a negocios semejantes, como ha sucedido en más de una ocasión, dado que su Constitución incluye el principio de trato equitativo, pero la Corte ha dispuesto que éste opere para casos fundamentales, cuando hay una violación clara de la Constitución. Esta situación es perfectamente aplicable a nuestro medio debido a que no es atribución del Tribunal Constitucional realizar políticas tributarias que determinen la carga impositiva que debe soportar el contribuyente para solventar los gastos que demande el Estado. Vale la pena citar *in extenso* lo que ha dicho la Suprema Corte de Estados Unidos en la materia:

“En las decisiones sobre protección equitativa, esta Corte ha enfatizado que las opciones de política económica y social incorporadas en la legislación tributaria no deben ser alteradas con ligereza. Las clasificaciones legislativas que no atentan contra derechos fundamentales o discriminan por razones de clase deben mantenerse si están relacionadas racionalmente a un propósito gubernamental legítimo. En materia de imposición, aun más que en otros ámbitos, la Corte ha sostenido que las legislaturas necesariamente poseen la más amplia libertad de clasificación. Si una legislatura concluye que “el interés público se ve beneficiado” al cobrar un impuesto diferencial, “a un negocio puede no cobrarse un impuesto y al otro sí, con el fin de promover al primero o para restringir o suprimir al segundo.” *Carmichael v. Southern Coal & Coke Co.*, 301 U.S. 495, 512 (1937). Una legislatura no viola los requisitos de protección equitativa al adoptar un régimen que obligue a un segmento industrial al pago de impuestos aun cuando exenta a otros “negocios semejantes.” *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 U.S. 548, 584 (1937)”⁴⁴⁶.

No operar con esta lógica de respeto a los otros poderes implicaría, en palabras de la Corte, “usurpar” la función legislativa. Por ello ha sostenido consistentemente que el modelo de protección equitativa “es especialmente respetuosa del contexto de clasificación derivado de leyes tributarias complejas” y que se debe dotar a las legislaturas de “amplio margen para establecer las clasificaciones y dibujar los lineamientos que en su juicio produzcan sistemas tributarios razonables”⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Supreme Court of the United States No. 02-695, Michael Fitzgerald, Treasurer, State of Iowa, Petitioner vs. Racing Association of Central Iowa, *et al.*

⁴⁴⁷ *Nordlinger vs. Hahn*, 505 U.S. 1, 11 [1992]. Para consultar este caso, ver la siguiente dirección electrónica <http://supreme.lp.findlaw.com/constitution/amendment14/f192>.

En el sistema de los Estados Unidos la función de cada uno de los poderes está mejor delimitada. La Corte busca no intervenir en asuntos que conciernen al poder legislativo. Sólo lo hace en casos claramente excepcionales. Los derechos individuales son importantes, pero no se pierde de vista las necesidades del propio Estado para poder funcionar de acuerdo a las decisiones de la soberanía popular.

- f) Los principios constitucionales tributarios son preceptos normativos de alcance general, debido a que presupone la existencia de otras normas específicas, respecto de las cuales va orientar su aplicación. Por ejemplo, cada vez que se cree un tributo deberá observarse en la ley de creación en el respeto a los demás principios (capacidad contributiva, no confiscatoriedad, igualdad). Es en esa ley, donde se observará el cumplimiento de estos principios. Indicando de esta manera como debe aplicarse las normas específicas. Una vez dotados de contenido, advierten qué alcance dar a una norma. Por ejemplo, gracias a lo que se interprete por “afectación desproporcionada de propiedad”, podrá señalarse en que caso un tributo es confiscatorio, en nuestro ordenamiento jurídico.
- g) Los principios constitucionales tributarios están contenidos en conceptos jurídicos indeterminados, porque definen los ideales de justicia de una sociedad determinada. Así, de acuerdo con nuestro texto constitucional, los impuestos deben respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Tomemos como ejemplo el principio de igualdad, según el cual los tributos deben ser proporcionales y equitativos, y es muy fácil decir que proporcional es aquella contribución que atiende a la capacidad contributiva, económica, a la potencialidad real de cada persona para contribuir, y que equidad es aquella contribución que trata de manera igual a los iguales, a un grupo determinado de contribuyentes y de manera desigual a los desiguales. Esto aparece muy claro, pero de aquí a definir en cada caso concreto si se cumple el concepto abstracto y esencialmente controvertido que constituyen la proporcionalidad y equidad, hay todo un camino, toda una exégesis interpretativa por recorrer y que eventualmente puede ser discutido vía el amparo tributario.

En este sentido, lo que es proporcional o equitativo para la administración tributaria no necesariamente tiene que serlo para el contribuyente, el que tiene a sus manos los mecanismos procesales que la ley le otorga, entre los cuales encontramos a la acción de amparo, la que será procedente cuando se cumplan los requisitos establecidos en el C.P.Const.

No debe llevara a alarma que la proporcionalidad y la equidad sean conceptos indeterminados, porque lo indeterminado de estos conceptos son la condición para su funcionalidad como mandato constitucional y en donde el Tribunal Constitucional juega un rol importante al momento de resolver los casos que se le presente y al momento de fijar la pautas a seguir para determinar la proporcionalidad y la equidad de los tributos. En conclusión, si bien contienen cierto grado de indeterminación tal como están establecidos en el texto constitucional, se encontrará mayor precisión gracias a la doctrina jurisprudencial que se emita al respecto.

- h) Los principios constitucionales tributarios constituyen un mandato al legislador y se deben cumplir, en primer lugar en las leyes que éste emite, por lo que, ante una actuación en contra de los principios constitucionales tributarios, el poder judicial o en su caso el Tribunal constitucional, debe intervenir garantizando la vigencia de los mismos. Ahora lo expresado lleva a parte de la doctrina a preguntarse ¿cómo es posible que los tribunales inapliquen o dejen sin efecto las leyes con el argumento de que, en su opinión, violan el texto constitucional? En otras palabras, ¿por qué las opiniones de los jueces deben prevalecer sobre las opiniones de la mayoría legislativa en esta materia? La situación pareciera agravarse debido a la vigencia del principio de reserva de ley, la que tiene como base la formula histórica “*no taxation without representation*”; es decir, que los tributos sean establecidos por los representantes de quienes van a contribuir.

Esta objeción, ha sido rebatida por la teoría constitucional exponiendo varias razones, como el hecho de que el proceso judicial es intrínsecamente más virtuoso que el legislativo. Los tribunales están mejor equipados que los órganos legislativos para interpretar y aplicar los principios constitucionales y, por lo tanto, es legítimo otorgarles el control de constitucionalidad. Además, las normas tributarias no son estáticas, evolucionan conforme lo hace el sistema político, incluso social. Esto significa que este cambio político y social permanente va a incidir en el propio juzgador y especialmente a través de un concepto abierto, controvertido en su interpretación, permitirá que el juez adapte la norma constitucional a los nuevos retos, y encuentre y defina nuevas enunciaciones y formulaciones de los principios constitucionales tributarios, especialmente los que tengan que ver con la proporcionalidad y equidad, útiles para nuestra justicia tributaria. En consecuencia, los tribunales u órganos judiciales presentan ventaja frente a los legisladores para verificar el cumplimiento adecuado de los principios constitucionales; tienen más

tiempo disponible los jueces para reflexionar acerca de determinados asuntos, en una atmósfera de mayor meditación intelectual. Hay además una mayor predisposición institucional de los jueces a tomar en serio los valores constitucionales y un mayor compromiso porque los jueces no derivan ni obedecen al voto popular y están dedicados de tiempo completo a la interpretación constitucional.

- i) Otra característica, está dada por la desventaja, por así llamarlo, que presenta el amparo tributario en nuestra realidad y es que generalmente son presentados por personas, ya sean naturales o jurídicas, de una posición económica acomodada, quienes poseen mayor capacidad para contratar a los grandes despachos con mejores litigantes, casi parecido a lo que sucede en la realidad mexicana, tal como lo han argumentado Mancera Arrigunaga y Molina Chie, “La gran mayoría de los amparos son interpuestos por un reducido número de empresas (grandes contribuyentes) con acceso a asesorías sofisticadas, que año con año impugnan las misceláneas fiscales, oponiéndose sistemáticamente a las mismas”⁴⁴⁸.

6. Amparo ambiental o ecológico.

6.1. Introducción.

Es innegable que en la actualidad la problemática ambiental se encuentra en el centro de la atención pública, ello debido a que los problemas de contaminación y escasez de recursos han dejado de ser temas locales para tener, en el contexto actual, dimensiones mundiales. La cuestión ambiental, no cabe duda, se encuentra íntimamente ligada a la actitud del hombre para con su espacio convirtiéndose, por ello, no sólo en un problema social, económico o ético, sino también en uno político, toda vez que está vinculado, de manera esencial, con las conductas que asuman los agentes del poder político en la solución de los problemas ambientales que hoy afronta el planeta.

Debido a la relevancia de la problemática ambiental es que, a partir de la década de los setenta, empiezan a llevarse a cabo las primeras conferencias mundiales sobre esta temática. Así, en primer lugar se realizó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente en Estocolmo (1972); y a su vez, surgió el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

⁴⁴⁸ MANCERA DE ARRIGUNAGA, Luis Felipe y MOLINA CHIE, Óscar: “No abusemos del amparo fiscal”, en *El mundo del abogado*, México, febrero 2008, p. 57.

A nivel constitucional, la preocupación por una adecuada protección del medio ambiente, como bien indispensable no sólo para el desarrollo de una vida digna de los seres humanos, sino como condición para el desarrollo de las generaciones futuras, ha llevado a la construcción de nuevos derroteros en la ciencia constitucional. Así, el progresivo desarrollo dogmático de los llamados “intereses difusos”, la habilitación de mecanismos procesales específicos para la tutela de estos intereses, y la construcción jurisprudencial de una así llamada “Constitución Ecológica”, son solamente algunos ejemplos del acentuado auge que el derecho constitucional ambiental viene teniendo en la actualidad.

Complementando lo anteriormente señalado, consideramos que quizás el mayor aporte del derecho constitucional a la problemática del medio ambiente es el relacionado a la creación dogmática, jurisprudencial y legal del “derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado” como derecho humano internacionalmente reconocido e incorporado a casi todas las constituciones a nivel mundial; lo cual supone dotarle de todos los atributos jurídicos de que goza actualmente un derecho imbricado en el nivel constitucional, esto es, una posición jurídica subjetiva (en este caso de todos los ciudadanos, como interés difuso), una exigibilidad directa ante los jueces y una dimensión objetiva que sirve para controlar cualquier acto de autoridad, funcionario o persona.

6.2. Antecedente cercano del amparo ecológico o ambiental.

La Ley N° 23506 en su artículo 26, referente a la legitimación, estableció que:

“Tienen derecho a ejercer la acción de Amparo el afectado, su representante, o el representante de la entidad afectada. (...) Cuando la acción se interponga por violación o amenaza de violación de *derechos constitucionales de naturaleza ambiental*, podrá ser ejercida por cualquier persona, aún cuando la violación o amenaza no lo afecte directamente. Igual atribución tienen las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro cuyo objeto es la defensa del medio ambiente”.

De lo señalado se desprende que ya el legislador había dispensado un tratamiento singular al derecho constitucional al medio ambiente equilibrado, considerando que la legitimación en el caso del amparo ambiental debía ampliarse a cualquier persona, situación que se reitera en el Código Procesal

Constitucional, en su artículo 40. En este contexto, la regulación del amparo ecológico en la normativa infraconstitucional ha respondido siempre a la preocupación por dotar de eficacia al derecho constitucional al medio ambiente equilibrado. Ello en atención, principalmente, a la naturaleza de los daños que se producen en el medio ambiente que, por su carácter expansivo y expedito, requieren de un proceso urgente y célere como el amparo para la protección efectiva de los derechos ius-fundamentales ecológicos.

El Tribunal Constitucional peruano, antes de la vigencia del Código Procesal Constitucional, vía jurisprudencia, se ha manifestado en relación al amparo como mecanismo de tutela del medio ambiente equilibrado señalando que:

“El inciso 22 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú reconoce, en calidad de derecho fundamental, el atributo subjetivo de “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo” de la vida de la persona. Se trata, en principio, y como se desprende de la ubicación de su reconocimiento, de un derecho subjetivo de carácter constitucional, cuyo titular es el ser humano considerado en sí mismo, con independencia de su nacionalidad o, acaso, de ciudadanía. Sin embargo, no sólo es un derecho subjetivo, sino que se trata también de un derecho o interés de carácter difuso, puesto que es un derecho que lo titularizan todas y cada una de las personas.

En cuanto al interés difuso, cualquier persona natural está autorizada para iniciar las acciones judiciales que se hayan previsto en el ordenamiento con el objeto de dispensarle tutela, por lo que, para tales casos, no se requiere que exista una afectación directa al individuo que promueve la acción judicial. Además, también se ha previsto que gozan de legitimidad procesal para su defensa las personas jurídicas que tienen como objeto social la preservación del medio ambiente”⁴⁴⁹.

Incluso, el Colegiado Constitucional ha referido que, bajo determinadas circunstancias, el derecho al medio ambiente, vía proceso de amparo, prevalecerá sobre otros derechos, así refirió que:

⁴⁴⁹ STC 0964-2002-AA/TC, FJ 8.

“Debe tenerse presente que, si bien en el ordenamiento constitucional coexisten diversos derechos constitucionales, hay circunstancias que legitiman la restricción de unos derechos en salvaguarda de otros, atendiendo a finalidades superiores del mismo ordenamiento constitucional. Bajo esta perspectiva, si el respeto a los derechos invocados en la demanda supone menoscabar los derechos a la salud y a un medio ambiente sano de los vecinos, convirtiéndolos en irreparables, es evidente que deben prevalecer estos últimos, por estar vinculados al principio de protección al ser humano, contenido en el artículo 1º de la Constitución Política del Perú, en virtud del cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y sin cuya vigencia carecerían de sentido todos los demás derechos constitucionales. Es evidente, también, que el interés individual no puede primar sobre el interés colectivo”⁴⁵⁰.

6.3. Conceptualización del amparo ecológico.

El derecho a un ambiente equilibrado y adecuado consagrado en el artículo 2, inciso 22 de la Constitución cuenta con diversos mecanismos de protección, dichas formas de tutela se van a diferenciar por la inmediatez que brinden a la hora de proteger estos complejos derechos de naturaleza difusa y colectiva. Así por ejemplo, si se presenta una vulneración de difícil probanza el cauce natural será la vía ordinaria (proceso civil de daño al proyecto de vida, proceso de resarcimiento, por citar algunas opciones); sin embargo, ante una lesión evidente y que requiere, por tanto, de una solución inmediata para reestablecer la indemnidad del ambiente lesionado el proceso adecuado es el amparo ecológico.

Podríamos conceptualizar que el amparo ecológico o ambiental como aquel proceso constitucional que tiene como finalidad restablecer de manera inmediata y urgente una serie de complejos y heterodoxos derechos fundamentales relacionados enunciativamente a la paz, la tranquilidad, a gozar de ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (artículo 2, inciso 22), a la protección de la salud (artículo 7), a la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículo 68), entre otros. El sustento normativo del amparo ecológico se encuentra en el artículo 200, inciso 2 de la Constitución que establece:

⁴⁵⁰ STC 2071-2002-AA/TC, FJ 6.

“La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza **los demás derechos reconocidos por la Constitución**”.

Con el fin de determinar de modo más específico el contenido de esta modalidad de amparo, es necesario acotar lo que el Tribunal Constitucional peruano ha comprendido como los contenidos constitucionalmente protegidos del “derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado”. Así, respecto a este derecho el TC se ha pronunciado en los siguientes términos:

“El contenido del derecho fundamental a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho de gozar de ese medio ambiente, y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve”. En su primera manifestación, esto es, el derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente”⁴⁵¹.

Es relevante mencionar que el amparo ecológico se caracteriza porque la titularidad del derecho que protege reside en varios individuos que tienen cuotas indeterminadas de éste, situación que se podrá apreciar, con más detenimiento en el capítulo relacionado a las partes en el proceso de amparo.

⁴⁵¹ STC 2002-2006-AC/TC, FJ. 29.

En este contexto, la legitimación activa (posición de la persona que demanda tutela del derecho lesionado) en el amparo ecológico o ambiental, resulta amplia, toda vez que éste puede ser activado por cualquier persona o las entidades cuyo objeto sea la defensa del derecho al medio ambiente.

Por otro lado, es necesario tener presente los principios básicos en los que la protección procesal de los derechos ius-fundamentales en materia ambiental o ecológica se sustenta. Así, la doctrina ha desarrollado ya ampliamente que estos principios son: prevención, precaución y de sustentabilidad que caracterizan al derecho ambiental.

El principio de precaución supone que quien usa la tecnología para su beneficio debe probar la inocuidad de su emprendimiento; en consecuencia, ante la falta de probanza sobre la inocuidad de un producto o actividad, se permite adoptar medidas que tutelen el derecho cuya lesión se invoca. El Tribunal Constitucional Peruano ha confirmado el contenido de este principio señalando que:

“(…) Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. Este principio se encuentra enunciado en el inciso 3 del artículo 3 del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, que ha sido aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26185. Además, forma parte de los lineamientos que conforman la Política Nacional de Salud, como lo establece el artículo 10°, inciso f), del D.S. 022-2001-PCM, “La aplicación del criterio de precaución, de modo que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente”. Este principio ha sido recogido por diversas normas nacionales relacionadas con cambio climático, diversidad biológica, recursos naturales, y, en general, en todas las áreas relacionadas con el medio ambiente y su protección”⁴⁵².

El principio de prevención, por su parte, garantiza que se tomen las medidas necesarias a fin de evitar que los daños al ambiente se produzcan o

⁴⁵² STC 3510-2003-PA/TC, FJ 4.

que, en caso se lleguen a materializar, la afectación sea mínima. Es decir que, frente a un posible daño ambiental, se deben adoptar las medidas destinadas a prevenir afectaciones al ambiente.

El *principio de sustentabilidad* presupone entender la viabilidad futura de la especie humana y el derecho de generaciones futuras a gozar de un ambiente equilibrado.

Una consecuencia procesal importante de la consolidación de los principios mencionados ha sido la inversión de la carga de la prueba; lo cual favorece a la parte más débil que, generalmente, no tiene la mejor posición para acreditar los hechos que afirma lesionan su derecho al medio ambiente equilibrado. Lo dicho se complementa con la presencia de un juez activo, esto es, con un impartidor de justicia que sea capaz de ordenar pruebas, más allá de las ofrecidas por las partes.

Desde otra perspectiva, podemos afirmar que el amparo ecológico es, también una modalidad de amparo difuso, en tanto el medio ambiente no es el único bien constitucional pasible de ser reclamado como derecho por un conjunto indeterminado de personas, sino que existen otros derechos de la misma categoría conceptual, piénsese por ejemplo, en la salubridad o en la protección al consumidor, todos ellos ubicados dentro de lo que se conoce como “tercera generación de los derechos humanos”.

De lo hasta aquí expuesto, podemos concluir que la individualización de un amparo ecológico o ambiental es de singular importancia en la medida que éste importa ciertas características particulares que inciden directamente en el tratamiento procesal de esta modalidad específica de amparo. Así, podemos hablar de una suerte de “*particularidad*” del amparo ambiental que se patentiza en aspectos como la legitimidad procesal, la carga de la prueba, el régimen de las medidas cautelares, el rol del juez y la eficacia de la sentencia estimatoria. Sólo a guisa de ejemplo podemos referir que es en el amparo ambiental donde se visualiza con particular claridad la necesidad de actuación de específicas medidas cautelares, distintas a las comunmente aceptadas por la doctrina. En efecto, la problemática de aceptar en un proceso de amparo la inclusión de *medidas cautelares innovativas* ha sido todo un reto para la doctrina procesal moderna; sin embargo, los mitos tanto de la “incoercibilidad del hacer” como de la “prohibición de adelantamiento del objeto específico de tutela” han sido superados ante la especificidad de unos derechos que reclaman novedosas y efectivas formas de tutela. Como ha expresado Ricardo Luis Lorenzetti:

“El problema que tiene el mandato de no innovar es que puede consolidar situaciones de hecho injustas o bien es inútil en algunos supuestos.

Uno de los casos es aquel en que hay una parte que “gana” posiciones de hecho antes del litigio y se ve altamente beneficiado con el congelamiento dispuesto por el juez, ya que disfrutará durante todo el proceso de lo obtenido fácticamente.

Otro de los supuestos es el de **bienes que no consienten la espera**. En conflictos ambientales, la espera “consume” el bien jurídico protegido, de modo tal que mantener la situación es fallar cuando ya no existe interés por extinción natural e injusta del conflicto.

Estas razones son las que hicieron pensar en dos mecanismos de solución complementarios:

- Una medida expedita y rápida, como la acción de amparo o la medida cautelar.
- Una facultad judicial de innovar.

La innovación es una modificación sobre el objeto del litigio tomada por el juez antes de la decisión final. Se trata de decir, “esperemos a la decisión final pero cambiando la situación de hecho injusta”⁴⁵³ (resaltado nuestro).

Por otro lado, la posibilidad de otorgar medidas cautelares innovativas, exige en el juez ciertas dotes de activismo y creatividad, con el objeto de obligar al demandado no sólo a una prestación económica concreta de carácter resarcitorio, sino, fundamentalmente –y de ello se trata la tutela de derechos medioambientales- de obligar al emplazado a “realizar” acciones concretas y específicas que remedien el daño generado al medio ambiente. Se trata aquí de lo que se conoce modernamente como “tutela específica de derechos”⁴⁵⁴ y que conlleva la aplicación de medidas coercitivas por parte del juez para lograr la efectividad de la decisión que ordena dicha tutela específica.

⁴⁵³ LORENZETTI, Ricardo Luis: *Teoría del Derecho Ambiental*, Porrúa, México, 2008, pp. 178-179. Vid. también a este respecto ZELA VILLEGAS, Aldo: *La tutela preventiva de los derechos (Como manifestación de la tutela diferenciada)*, Palestra, Lima, 2008.

⁴⁵⁴ MARINONI, Luis Guilherme: *Tutela específica de derechos*, Traducción de Aldo Zela Villegas, Biblioteca de Derecho Procesal N° 8, Palestra, Lima, 2008.

6.4. Ámbito de protección del amparo ecológico.

El amparo ecológico o ambiental se dirige a cesar un daño en agravio del medio ambiente equilibrado tal como lo regula el artículo 37, inciso 23 del Código Procesal Constitucional. Creemos que el medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales —vivos e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinado, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos) que interactúan en un espacio y tiempo determinado, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana⁴⁵⁵.

Al igual que otros derechos, el derecho a gozar de un ambiente equilibrado surge con la Declaración Universal de los Derechos Humanos que data de 1948, lo cual obligó a las distintas naciones firmantes a consignar en sus textos constitucionales tanto el contenido fundamental de este derecho como la protección adecuada para el mismo. Cabe precisar que casi todas las constituciones del mundo, redactadas con posterioridad a la Declaración de Estocolmo de 1972, lo han consignado.

Por su parte, la Declaración de Lisboa de 1988 que fue emitida dentro del marco de la “Conferencia Internacional sobre garantías del Derecho Humano al Ambiente”, también se pronunció en relación al derecho al medio ambiente adecuado, exhortando a los estados a reconocer el derecho que tiene una persona a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y, a la vez les sugiere crear mecanismos jurídicos que hagan posible que cada individuo pueda ejercer y exigir sin impedimentos, el derecho a habitar en un ambiente saludable para el desarrollo de su vida.

⁴⁵⁵ “Por otro lado, referente al ambiente como *bien jurídicamente protegido* por la norma constitucional, estamos convencidos de que es ésta la perspectiva que ha sido objeto normalmente de recepción en los textos fundamentales, intentándose en ellos construir una categoría de derecho subjetivo cuyo potencial titular sería la persona humana en general o el ciudadano en particular, antes que proclamar la existencia de unos potenciales destinatarios “naturales”, como son las plantas, animales, ecosistemas o hábitat, los que en ningún caso, estarían en condiciones de ejercitar como sujetos activos facultades que existen sólo en una esfera jurídica; de modo que, el objeto verdaderamente de un derecho humano al medio ambiente no sería en realidad la naturaleza, sino la exigencia jurídica del hombre-ciudadano a la protección de ese medio natural” (Cfr. RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: *El derecho constitucional al medio ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 79).

La Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo algunos años atrás elaboró un conjunto de principios jurídicos para la protección del medio ambiente y el desarrollo duradero, considerando en la parte que corresponde a “Principios, Derechos y Deberes Generales” lo siguiente: “Todos los seres humanos tienen el derecho fundamental a un medio ambiente adecuado para su salud y su bienestar”.

Ahora bien, nuestra Constitución en su artículo 2, inciso 22 prescribe el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, más no hace referencia alguna a su contenido. Dicho contenido, sin embargo, ha sido desarrollado vía jurisprudencia por el TC peruano, manifestando lo siguiente:

“(…) cabe precisar que el derecho al medio ambiente involucra la facultad de poder disfrutar o gozar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollen e interrelacionen de manera natural y armónica. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad. De lo contrario su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. En ese sentido; el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado se encuentra ligado a los derechos fundamentales a la vida y a la salud de las personas, pues por intermedio de él las personas humanas desarrollan su vida en condiciones dignas”⁴⁵⁶.

El derecho constitucional al medio ambiente puede ser definido como el conjunto de normas materiales o formalmente constitucionales que aluden a la protección de los elementos naturales indispensables para el mantenimiento del equilibrio ecológico y, por tanto, para asegurar una mínima calidad de vida a las generaciones presentes o futuras. Con referencia a esto, es necesario precisar que la mera declaración en un texto de rango legal no bastará para una adecuada ponderación de este derecho; por el contrario, un bien de tanta importancia y trascendencia en la actualidad, debe ser desarrollado desde una óptica constitucional, pues como ya dijimos, la regulación de un “derecho al medio ambiente” constituye el primer peldaño en la construcción de una adecuada protección jurídica, lo cual a su vez redundará, en la sanción de leyes

⁴⁵⁶ STC 03048-2007-PA/TC.

marco o regímenes sectoriales que incorporan la variable ambiental a sus textos⁴⁵⁷.

El derecho a disfrutar y a vivir en un ambiente sano es considerado como un derecho humano básico, y en opinión de algunos, como un prerequisite y fundamento para el ejercicio de otros derechos humanos, económicos y políticos. Es necesario resaltar que un ambiente sano es condición *sine qua non* de la vida misma y que bajo ese mismo esquema, ningún otro derecho podría ser realizado en un ambiente alterado. Así, un razonable nivel de calidad ambiental es un valor esencial para asegurar la supervivencia, no solamente humana sino de toda la biósfera.

El derecho al medio ambiente adecuado y equilibrado, sin embargo, normalmente entra en conflicto con la intervención o explotación económica que el hombre realiza de los recursos naturales. En un contexto de expansión económica, sustentada en la inversión minera, en nuestro país dicho conflicto se vuelve más agudo. Mantener el delicado equilibrio entre la protección del medio ambiente y una inversión minera económicamente rentable ha supuesto un gran reto para las autoridades estatales, que han visto explotar cada vez con mayor asiduidad conflictos sociales entre una población que reclama la protección del medio y de los recursos que le permiten subsistir y desarrollar las actividades agropecuarias a las que tradicionalmente se dedican y el sector empresarial que exige respeto a los contratos firmados y a las concesiones autorizadas por el propio Estado. Ante esta disyuntiva, el TC ha intentado aportar soluciones, delineando algunos principios que deben respetarse en el marco de toda inversión minera que repercuta, de un modo u otro, en el medio ambiente y los recursos naturales de poblaciones locales. Estos principios presentados en el caso *Proyecto minero Conga* (STC 0001-2012-PI/TC, FF.JJ. 42-55) son los siguientes:

⁴⁵⁷ Así lo ha entendido también Juan Walsh, quien ha dicho al respecto: “A nuestro entender, esta “constitucionalización” del derecho ambiental tiene orígenes mucho más profundos, enraizados en el cambio de paradigma que se produce en la sociedad con el surgimiento de nuevos valores y una diferente visión de la relación hombre-naturaleza” (Cfr. WALSH, Juan: “Evolución de la justicia ambiental en Argentina”, en *Justicia ambiental, las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 423).

a) La empresa minera debe desarrollar un plan de prevención de los posibles impactos sociales que generen la instalación del proyecto de inversión, de modo que informe adecuadamente a la población sobre la actividad a desplegar, obteniendo una especie de *licencia social* a favor de la inversión.

b) El Estado debe supervisar eficazmente los reales impactos que el proyecto minero ocasione sobre el medio ambiente, adoptando o exigiendo se adopten todas las medidas de cautela tendientes a eliminar o reducir sustancialmente dicho impacto.

c) El Estado debe asumir la reparación integral, solidariamente con la empresa privada en función a sus responsabilidades, por los daños que el proyecto minero haya ocasionado sobre personas individualmente consideradas o sobre la colectividad en su conjunto.

d) La empresa finalmente debe sujetarse al principio de la coparticipación de la riqueza, esto es, debe establecer mecanismos a través de los cuales contribuya con el desarrollo de la comunidad en la cual realiza su actividad.

7. Amparo electoral.

7.1. Antecedentes.

Al margen de los antecedentes que en seguida pasaremos a revisar, la noción de amparo electoral es, en nuestro país, de reciente data, y ha surgido, como también se apreciará con posterioridad, a partir del desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La aparición y posterior evolución de los procesos constitucionales, y en particular, del amparo en los ordenamientos jurídicos ha traído como consecuencia que su desarrollo pueda abarcar campos que antes siquiera hubiéramos imaginado. Uno de éstos ámbitos en dónde ha hecho su aparición es el electoral, y que ha motivado intensos debates tanto en Europa como en América Latina respecto de sus alcances y conflictos con los órganos encargados de la justicia electoral, a fin de determinar en qué circunstancias puede ser utilizado y, cuáles podrían ser las consecuencias de ello. El caso peruano no ha sido la excepción, como revisaremos en su oportunidad.

Baste decir en principio, aunque muy brevemente, que existen dos posiciones contrapuestas: una permisiva que acepta esa posibilidad, y otra negativa que, por el contrario, rechaza la viabilidad de plantear un proceso de

amparo en materia electoral. Entre los primeros, destacan los ordenamientos jurídicos de países como Argentina, España y Colombia, ciertamente cada uno con sus matices y variantes; mientras que como estandarte de la tesis de rechazo se erige la del derecho mexicano.

Si bien es cierto, desde el punto de vista de la legislación constitucional y legal, el caso peruano bien podría situarse dentro de la tesis negativa o de rechazo al amparo electoral, ello, sin embargo, es algo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha encargado de destruir, aun cuando los resultados desde el punto de vista práctico no hayan sido los deseados. Esa, no obstante, es otra cuestión que no corresponde ahora abordar.

En el Perú, el órgano supremo en materia electoral es el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), introducido por el Decreto Ley N.º 7177 del año 1931. Pero es con la Constitución de 1933 que adquirió, aunque no directamente, rango constitucional, pues su artículo 88 hacía referencia al Poder Electoral. Muchos años después, y ya en el plano legal, ello fue complementado a través del Decreto Ley N.º 14250, del 5 de diciembre de 1962, cuyo artículo 13 ratificaba su autoridad suprema en materia electoral y, por vez primera, establecía que contra sus decisiones no procedía recurso alguno⁴⁵⁸.

La Constitución de 1979, a través de su artículo 289, e inspirándose en lo dispuesto por el Decreto Ley N.º 14250, mantuvo al JNE consagrándolo como un órgano constitucional autónomo. Y, de igual manera, mediante la Ley N.º 24069, del 11 de enero de 1985, ratificó mediante su artículo 2 que no procedía ninguna acción judicial respecto de sus resoluciones.

Y así arribamos a la vigente Constitución de 1993, que ya no sólo consideró al JNE –aunque siempre manteniéndolo como la suprema autoridad en materia electoral y como órgano constitucional autónomo– sino que introdujo además a la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). No debe perderse de vista que aquella Constitución fue promulgada con un claro interés político de perpetuar al entonces presidente Fujimori en el poder.

Y es por ello que, finalmente, y a falta de uno, dos fueron las disposiciones constitucionales que cerraron la puerta a la posibilidad de someter a control judicial las decisiones del JNE, a saber: el artículo 142 que textualmente dispone que “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de

⁴⁵⁸ ABAD YUPANQUI, Samuel: *El proceso constitucional de amparo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 433-434.

Elecciones en materia electoral (...)” y, el numeral 181 de la Norma Fundamental que establece, literalmente, que “El Pleno del JNE aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno”.

Para “cerrar” el círculo, todo ello fue ratificado a nivel legal mediante el artículo 23° de la Ley Orgánica del JNE N.º 26486, del 17 de junio de 1995, con el agregado de que, ya más específicamente, establecía, no sólo que no procedía recurso alguno contra sus decisiones, sino tampoco “acción de garantía alguna”. Ello fue reiterado por el párrafo final del artículo 4° de la Ley N.º 26533, del 2 de octubre de 1995, y vuelto a ratificar por el numeral 36° de la Ley Orgánica de Elecciones N.º 26859, del 29 de septiembre de 1997, que, más preciso aún, añadió que no procedía –aunque de manera redundante– “recurso alguno, ni acción de garantía, ni acción ante el Tribunal Constitucional”.

Así las cosas, el asunto estaba “blindado” por dónde se lo mire, estableciéndose un sistema normativo que impedía a toda costa someter a control judicial o constitucional las decisiones del JNE.

7.2. La interpretación de los artículos 142 y 181 de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional.

Visto el panorama anterior, la pregunta que cae a continuación es si no obstante lo dispuesto en la propia Constitución, será posible someter a control constitucional las resoluciones o decisiones del JNE, aun cuando puedan, eventualmente, resultar violatorias de los derechos fundamentales. Y para ello vale recordar, como es sabido, que la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto. De manera que, conforme al principio jurídico de supremacía constitucional, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. La Constitución es pues norma jurídica, y como tal, vincula, y puede ser entendida como el conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.

Y entonces surge otra interrogante, tiene sentido reconocer que la Constitución tiene carácter jurídico, para luego afirmar que existen actos de los poderes públicos que no pueden ser objeto del control constitucional ejercido por la jurisdicción constitucional?. Es posible afirmar que todo poder está sometido a la Constitución y a los derechos fundamentales que ella reconoce y, al mismo tiempo, sostener que los actos de estos poderes están relevados de control constitucional, pese a que contravienen la Constitución y los derechos fundamentales? Indudablemente que no.

Y es que afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder.

En efecto, a todo derecho, valor o principio constitucional, corresponde un proceso constitucional que le protege, conforme lo dispone el artículo 200° de la Constitución. La posibilidad de recurrir judicialmente todo acto que vulnere la Constitución es la máxima garantía de que su exigibilidad y la de los derechos fundamentales reconocidos, no está sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la Carta Fundamental.

En pues en este marco que corresponde al Tribunal Constitucional dirimir en última y definitiva instancia los procesos constitucionales a que se refiere el artículo 202, inciso 2 de la Constitución, y es en virtud de ello que a través de su jurisprudencia, delineó la interpretación de los artículos 142 y 181 de la Constitución.

El hecho de reconocer la naturaleza jurídica de la Constitución supone reconocer también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. Sin embargo, la particular estructura normativa de sus disposiciones exige que los métodos de interpretación constitucional no sean los criterios clásicos de interpretación normativa –literal, teleológico, sistemático e histórico–, sino que abarquen una serie de principios que informan la labor del juez constitucional. Estos principios son:

De acuerdo al *principio de unidad de la Constitución*, la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo”

armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

Conforme al *principio de concordancia práctica*, toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado, según lo establece el artículo 1 de la Constitución.

En virtud del *principio de corrección funcional* se exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

Según el *principio de función integradora*, el “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

Finalmente, el *principio de fuerza normativa de la Constitución* supone que la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público incluyendo, desde luego, tanto al Tribunal Constitucional como al Jurado Nacional de Elecciones, así como a la sociedad en su conjunto.

En función de los principios antes aludidos es que deben interpretarse los artículos 142 y 181 de la Constitución. Sin embargo, el JNE persiste en el error conceptual de que sus resoluciones son inatacables aun cuando puedan, eventualmente, resultar vulneratorias de los derechos fundamentales, lo cual, como veremos a continuación, no es cierto. Para ello, defiende la irrevisabilidad de sus resoluciones amparándose en una lectura literal y aislada de los artículos 142 y 181 de la Constitución. Visto desde esa perspectiva, el asunto no merece mayor discusión: cualquier demanda que pretenda atacar una resolución del

JNE será improcedente. Esa, es una lectura facilista y literal pero, a la vez, ilegítima.

Sucede, pues, que algunos también podrían apegarse a una lectura literal y aislada del artículo 200, inciso 2 de la Constitución, que dispone la procedencia de la acción de amparo contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad (incluido el JNE), funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, cuyo conocimiento, en última y definitiva instancia, corresponde al Tribunal Constitucional, según lo dispone el numeral 2 del artículo 200 de la Norma Fundamental.

¿Y entonces, qué sucede, hay contradicción en la propia Constitución? La lectura aislada y unilateral de estas disposiciones constitucionales pueden llevar, equivocadamente, a concluir la existencia de una contradicción en la Constitución, toda vez que, por un lado, se prohíbe revisar en sede judicial las resoluciones del JNE; y, por otro, se habilita el proceso de amparo para cuestionar las decisiones de cualquier autoridad. Si nos apegamos a una lectura aislada y unilateral de ambas disposiciones constitucionales pareciera que sí hay contradicción, y se llegaría a resultados inconsecuentes con el postulado unitario o sistemático de la Constitución. Es por ello que nunca ha sido ni será válido interpretarlas de manera aislada, pues la Constitución es una unidad, y toda aparente tensión entre sus disposiciones debe resolverse atendiendo a los principios de interpretación constitucional que han quedado expuestos con meridiana claridad, buscando optimizar y generar el equilibrio entre los derechos y principios en juego, y teniendo presente que, en última instancia, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y del Estado, según lo dispone el tantas veces citado artículo 1 de la Norma Fundamental.

Si alguien se siente afectado en sus derechos fundamentales debido a la emisión de una resolución por parte del JNE, ¿acaso no puede plantear una demanda de amparo? ¿El artículo 200, inciso 2 de la Constitución no lo habilita a ello? Definitivamente que sí. El asunto es en realidad sumamente sencillo, aunque pretendan hacerlo parecer como complicado.

Esto es falso. En principio, porque la experiencia demuestra que, en los últimos doce años el Tribunal Constitucional ha resuelto tan sólo veintitrés demandas de amparo contra el JNE y, en ningún caso, ello puso en peligro proceso electoral alguno. Es más, salvo en una causa, que guardaba relación con una declaratoria de vacancia, todas las demás demandas fueron declaradas improcedentes por irreparables.

La interpretación aislada de los artículos constitucionales bajo análisis resulta manifiestamente contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución). En efecto, dicha interpretación confunde la autonomía que ha sido reconocida constitucionalmente al JNE (artículo 177 de la Constitución) con autarquía, pues pretende que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional en aquellos casos en los que resulten contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental. Lo que equivaldría a sostener que para ellos, tales principios y derechos no resultan vinculantes.

No existe pues, justificación constitucional alguna para que el JNE se encuentre relevado de dicho control; es decir, cuando no respete los derechos fundamentales en el marco del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

Pero el Tribunal Constitucional también encontró sustento para arribar a la interpretación antes referida en lo dispuesto por los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano –y que como tales, forman parte del derecho interno–, así como en las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos, en particular, en el Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁵⁹.

Según lo dispone el artículo 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Quiere ello decir que los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, constituyen derecho válido y eficaz, y en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.

Asimismo, los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales

⁴⁵⁹ Respecto de dicho pronunciamiento, así como de otras decisiones de tribunales internacionales, y cómo es que fueron utilizados por el Tribunal Constitucional para sustentar su posición, pueden revisarse las sentencias recaídas en los Expedientes 5854-2005-PA/TC y 00007-2007-PI/TC.

internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte, según lo mandan la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Por ello el Tribunal Constitucional estableció que el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación que de las mismas hayan realizado los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.

Así pues, también resultaba manifiesto que dicha aplicación –literal de los artículos 142 y 181 de la Constitución– se oponía a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte, tal como lo exigen la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

De manera que negar el denominado amparo electoral suponía, en la práctica, una violación del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, así como de su artículo 8.1, conforme al cual, “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole”.

7.3. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Previamente al breve, pero conciso, desarrollo sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, conviene hacer referencia a otro argumento del JNE que viene indiscutiblemente ligado a ello, esto es, el referido a que permitir la interposición del denominado amparo electoral generaría una suerte de “avalancha” de demandas de amparo que pondrían en peligro el cronograma y los procesos electorales.

Esto también es falso. En principio, porque la experiencia demuestra que, en los últimos años, el Tribunal Constitucional había resuelto tan sólo veintitrés demandas de amparo contra el JNE y, en ningún caso, ello puso en peligro proceso electoral alguno. Es más, salvo en una causa, que guardaba relación con una declaratoria de vacancia, todas las demás demandas fueron declaradas improcedentes por irreparables⁴⁶⁰.

Para qué plantear entonces una demanda de amparo contra el JNE, si por el paso del tiempo la alegada afectación podrá tornarse en irreparable? Ante tales supuestos, el legislador ha previsto, en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, que “Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda”.

⁴⁶⁰ STCs 0033-1995-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 19/06/1997); 0971-1998-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 25/06/1999); 1420-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 29/01/2003); 1804-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 29/01/2003); 2119-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/01/2003); 2346-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 29/01/2003); 2366-2003-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 6/04/2004); 0252-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 28/06/2004); 0571-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 15/07/2004); 2668-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 1/10/2004); 3981-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/01/2005); 4543-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 22/03/2004); 1365-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 9/04/2007); 4773-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 22/03/2007); 5396-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 6/09/2005); 5854-2005-AA/TC (infundada la demanda; resolución del 8/11/2005); 7632-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 9/03/2007); 2730-2006-AA/TC (fundada la demanda; resolución del 21/07/2006); 2746-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/02/2007); 3285-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 19/01/2007); 3317-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 12/04/2007); 6649-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 12/04/2007); 6901-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/02/2007)

Ciertamente, el tema trae a colación la poca efectividad que conlleva el desarrollo del proceso de amparo en la práctica, no obstante que está regulado como un recurso rápido y sencillo, carente de etapa probatoria. Esa, sin embargo, es otra cuestión que no corresponde ahora tratar, pero que vislumbra la necesidad de impulsar una reforma constitucional que permita que el denominado amparo electoral pueda alcanzar, en la práctica, los niveles de rapidez y efectividad que la dilucidación de las controversias de dicha índole amerita.

Puede afirmarse, como lo hace Abad Yupanqui⁴⁶¹, que con la vigencia de la Constitución de 1993 nace el amparo electoral. Ciertamente, como ha quedado graficado *supra*, algunos pronunciamientos en torno a la figura del amparo electoral se han producido en sede del Colegiado Constitucional, – aunque con los resultados conocidos de irreparabilidad– no solo cuando éste estuvo compuesto por tan sólo cuatro magistrados, sino también cuando quedó recompuesto con la reincorporación de aquellos que fueron destituidos por pronunciarse en torno a la pretendida e inconstitucional re-reelección de Alberto Fujimori Fujimori como Presidente de la República.

Por lo que ahora interesa, dos son los pronunciamientos a los que nos referiremos, toda vez que son los que trazan el camino adoptado por el Tribunal. El primero de ellos es el caso Espino Espino⁴⁶², en el que a pesar de concluirse, como siempre sucedió, que existía una situación de irreparabilidad, y por ende, de improcedencia de la demanda, sirvió para marcar con absoluta claridad, el posterior desarrollo de su línea jurisprudencial, aún a pesar de que la expedición de la sentencia se enmarcó dentro de la legislación prevista en la derogada Ley N.º 23506. Entre sus fundamentos más trascendentes destacan aquellos conforme a los cuales establece que:

“En tales circunstancias y aun cuando este Colegiado pueda tener su propia apreciación sobre el fondo de la controversia, no le queda otra alternativa que la de aplicar la previsión contemplada el inciso 1) del artículo 6º de la Ley N.º 23506, dejando expresa constancia que la sustracción de materia producida en este caso no es porque la violación a los derechos haya cesado, sino porque los derechos invocados como vulnerados se han tornado irreparables”. (Fundamento N.º 2)

⁴⁶¹ ABAD YUPANQUI, Samuel: op. cit. p. 454

⁴⁶² STC 2366-2003-AA/TC, Caso Juan Genaro Espino Espino.

Pese a que en supuestos como el presente el Tribunal Constitucional opta por no emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, en este específico caso, sin embargo, considera imperioso un examen de los hechos producidos, a efectos de que situaciones como las aquí descritas no vuelvan a producirse y para que los criterios aquí enunciados sirvan, en el caso de que tales comportamientos se repitan, para graficar cómo es que este Colegiado habrá de encararlos en lo sucesivo". (Fundamento N.º 3)

Y quizás lo más trascendente se refleja en el Fundamento N.º 6, que a la letra dispone que:

“Admitido entonces que cuando se presenta un ejercicio irregular en una función conferida a un organismo del Estado, procede (indiscutiblemente) el control constitucional, cabe precisar, como pautas de observancia obligatoria, y especialmente por lo que respecta a las materias electorales, las siguientes: a) en aquellos casos en los que, como consecuencia de una tacha formulada contra un candidato a alcalde o regidor municipal, ésta es declarada fundada, no puede ni debe interpretarse dicha decisión como de un pronunciamiento definitivo y por tanto irrecurrible en la misma sede electoral. Esta interpretación tiene su fundamento en tres razones esenciales. En primer término, debe tenerse en cuenta que lo que se está afectando es, en el fondo, el derecho de participación ciudadana y, por tanto, existe la ineludible necesidad de tomar las precauciones suficientes para que tal decisión realmente responda a circunstancias totalmente objetivas. En segundo, todo pronunciamiento que afecte derechos fundamentales necesariamente debe contar con la posibilidad de ser recurrido ante una autoridad diferente de quien lo tomó, como garantía de instancia plural o expresión de un auténtico proceso debido. Y, finalmente, el Jurado Nacional de Elecciones, máxima instancia en sede electoral, ha venido conociendo de diversos reclamos en los que se ha pronunciado como segunda instancia respecto de tachas contra candidatos a alcaldes o regidores, como se puede apreciar de jurisprudencia uniforme y reiterada emitida por dicho organismo; b) cuando, a la luz de lo señalado por el máximo órgano de justicia electoral, existe jurisprudencia sobre determinada materia y, además, uniforme y reiterada, resulta inadmisibles que, aduciendo, una supuesta imposibilidad de recurrir a dicha instancia, un órgano de justicia electoral inferior pueda desvincularse de los criterios o pautas interpretativas señaladas por su superior, tanto más cuando

incidan directamente sobre el ejercicio de derechos fundamentales. O el Jurado Nacional de Elecciones es la máxima instancia en sede electoral y, por lo tanto, sus decisiones asumen una línea directriz que al resto de órganos electorales corresponde seguir o, simplemente, carece del poder de sentar pautas jurisprudenciales. Entre ambas alternativas, la única compatible con el carácter de instancia máxima y definitiva que le reconoce el artículo 181° de la Norma Fundamental es, evidentemente, la primera de las señaladas; c) el criterio según el cual no puede privarse del derecho de participación a quien se encuentre sometido a un proceso penal, no sólo resulta de observancia obligatoria por cumplir con la característica de vinculación antes señalada, sino porque responde a una lectura de la Constitución compatible con su cuadro de valores materiales, conforme a la cual, toda persona es considerada inocente mientras su responsabilidad no quede acreditada fehacientemente, lo que supone la existencia de una sentencia definitiva expedida como corolario de un proceso penal justo o debido”.

El segundo de los pronunciamientos al que haremos referencia es el Caso Lizana Puelles⁴⁶³, y que sirvió de sustento al Tribunal Constitucional para, ahora si con pronunciamiento de fondo –aunque concluyó con la declaración de infundada de la demanda– desarrollar con amplitud su línea jurisprudencial respecto de los alcances de la interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución, no sólo en función a los principios de interpretación constitucional, sino también a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones vinculantes de los tribunales internacionales de derechos humanos como derecho interno.

El desarrollo de dicho pronunciamiento es el que consta en los apartados *supra*, razón por la que resultaría ocioso reiterarlos. Sin embargo, conviene precisar que, convencido el Tribunal Constitucional de su posición, no sólo elevó a categoría de precedente vinculante –pues ya se encontraba en vigor el Código Procesal Constitucional– lo decidido, sino que además propuso al Congreso de la República la necesidad de establecer las modificaciones conducentes a hacer del amparo electoral un recurso rápido y sencillo a fin de evitar situaciones de irreparabilidad y, por el contrario, permitan que se pueda conocer el fondo del asunto de las demandas planteadas. Así, la parte resolutiva dispuso,

⁴⁶³ STC 5854-2005-AA/TC, Caso Pedro Andrés Lizana Puelles.

“De acuerdo con los artículos 201° de la Constitución y 1° de la LOTC, este Tribunal, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, según ha quedado dicho en el Fundamento 35, *supra*, establece que toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente”.

“En aplicación del artículo VII del Título Preliminar del CPConst., este criterio normativo constituye precedente vinculante para todos los Poderes Públicos”.

“Todo juez y tribunal de la República -sea que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales- se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad (artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y Primera Disposición Final de la LOTC)”.

“De conformidad con el Fundamento 39 b), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o en que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176° de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos, el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1° del CPConst.”.

“En observancia del artículo 107° de la Constitución, y tal como ha quedado dicho en el Fundamento 39 c), *supra*, este Tribunal propone al Congreso de República introducir en el CPConst, en el más breve plazo posible, las modificaciones conducentes a:

-Reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral.

-Que las demandas de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral se presenten ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumárisimo, puedan ser conocidas por el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional a ser resuelto también en tiempo perentorio”.

Por último, también merece la pena destacar el Caso Castillo Chirinos⁴⁶⁴, que constituye una reiteración de los anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional –en cuanto a su línea jurisprudencial–, pero que se destaca por ser, en todos estos años, la única demanda de amparo electoral que fue declarada fundada, y que guardaba relación con un procedimiento de declaratoria de vacancia.

7.4. Conceptualización del amparo electoral.

Como corolario de todo lo anteriormente expuesto, podemos entonces aproximarnos a un concepto del denominado amparo electoral como aquel proceso constitucional que tutela derechos fundamentales que no necesariamente sean de índole o relativos a materias electorales –pues esa es una cuestión que resulta harto complicada definir– sino, antes bien, cualquier clase de derechos fundamentales y, en particular, de acuerdo a lo apreciado en la experiencia, el debido proceso o la tutela procesal efectiva. Sus características principales lo constituyen su carácter excepcional y sumarísimo, no siendo tanto su finalidad revisar el contenido de las resoluciones del JNE sino, evaluar si, eventualmente, al expedirse una decisión de dicho ente electoral, se han vulnerado o no los derechos fundamentales o principios constitucionales.

En una futura reforma constitucional y, como consecuencia de ello, del Código Procesal Constitucional, bien puede plantearse la posibilidad de que el amparo electoral se inicie, como primera instancia ante la Sala Social y Constitucional de la Corte Suprema y si hubiere resolución denegatoria, lo conozca el Tribunal Constitucional.

⁴⁶⁴ STC 2730-2006-AA/TC, Caso Arturo Castillo Chirinos.

8. Amparo económico.

8.1. Marco introductorio.

En la evolución del Estado de Derecho al Estado Constitucional se aprecia cómo las constituciones del siglo XIX apenas se dedicaron a regular al Estado, mas no a la sociedad. Se trataba de ordenar la forma de organización del poder político, esto es, básicamente lo que en algún momento Marcel Prelot denominó la técnica del poder. El fin de las constituciones era, por tanto, la normación de la estructura del Estado, lo importante era la adecuada regulación de la parte orgánica, lo cual suponía reglar las competencias de las distintas instancias del poder, esto es, de los órganos del Estado. “Lo político era pues la materia de la Constitución y no lo “social”, lo “cultural” o lo “económico”; de ahí su nombre, tan común a la propia historia (...) de “Constitución política”, que venía a indicar algo muy distinto del modo de estar organizado un país en sus aspectos materiales (socioeconómicos), esto es, de lo que sería en sentido lato, la “Constitución social””⁴⁶⁵.

Con todo, las constituciones de la primera hora no fueron ajenas a la regulación económica, en tanto de una u otra manera se garantizaban determinados derechos civiles y políticos y de igualdad; lo propio comprendían cláusulas económicas relativas a la hacienda pública e indirectamente se ocupaba de la sociedad estableciendo cómo debería ser la economía decimonónica: una economía libre en manos de particulares, sin injerencias (o con mínimas injerencias) de los poderes públicos. De acuerdo al profesor Aragón, que aquí seguimos, “aquellas constituciones no “regulaban” un modelo económico, pero lo establecían. La opción por la libertad y privacidad de lo económico era, pues, la opción por un determinado modelo, que consistía justamente en el que resultaba del juego de las reglas del mercado, cuyo cumplimiento aseguraba el Estado con su no intervención. En resumen, se trataba de un modelo económico jurídicamente “establecido” pero no jurídicamente “regulado”, pues lo propio del modelo consistía, precisamente en su capacidad de “autorregulación””⁴⁶⁶.

Este esquema evolutivo del constitucionalismo clásico no impidió que el Estado, a través de determinadas normas interviniese en los asuntos económicos; pero dichas intervenciones no suponían en cantidad y calidad, “la

⁴⁶⁵ ARAGÓN REYES, Manuel: “Orden Constitucional Económico”, en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2001, p. 164.

⁴⁶⁶ ARAGÓN REYES, Manuel: “Orden Constitucional Económico”, op. cit., p. 165.

ruptura general del modelo, que se mantuvo sin alteraciones sustanciales hasta el presente siglo, cuando al establecerse el nuevo estado intervencionista, se produce un cambio notable respecto de la situación anterior”⁴⁶⁷.

En esta perspectiva, empiezan las constituciones a regular no sólo al Estado sino al conjunto del sistema social. “Junto al sector privado aparecerá el sector público de la economía. El Estado participará en la economía, en unos casos absorbiéndola (Estados totalitarios) y en otros regulando las líneas generales de su funcionamiento y actuando en los propios procesos económicos (Estado social y democrático de Derecho)”⁴⁶⁸.

Sin embargo, hoy por hoy y desde la segunda posguerra, las constituciones no solo comprenden a una parte orgánica que estructura el Estado, ni mucho menos sólo la parte dogmática que garantiza heterodoxos derechos fundamentales de las personas, o sólo el techo ideológico o fórmula política; sino que en la estructura constitucional hoy existe un componente vital que ordena todo el fenómeno económico: la “Constitución Económica” que no hace más que regular el “modelo constitucional económico”. Y es en esta dinámica que en los sistemas políticos se presentan modelos de “economía libre” o “economías intervenidas”. Así, anota Aragón “la Constitución regulará, de ese modo, profusamente la vida económica en cuanto que, junto a las garantías de libertad económica de los sujetos privados (que era lo propio del modelo anterior y que se conservan) establecerá límites a esa libertad y otorgará protagonismo económico a unos nuevos sujetos: los poderes públicos. Hay una mayor regulación constitucional simplemente porque hay una mayor capacidad pública de intervención. El nuevo modelo requiere de más cantidad de normas a él dedicadas porque requiere de mayores limitaciones a la libertad (que sólo por el Derecho pueden imponerse) y de mayor protagonismo del Estado (al que sólo por el Derecho pueden atribuirse competencias)”⁴⁶⁹.

8.2. La configuración constitucional del modelo económico.

Actualmente las constituciones han dejado de ser tan sólo “Constituciones políticas” y hoy este concepto se ve relativizado frente al concepto contemporáneo de “Constitución normativa”, en el cual no es ajeno cualquier parcela de la realidad social. En materia económica, la Constitución desarrolla un vasto manejo de preceptos que aluden a diversas materias de la economía, que van desde la ordenación fundamental del modelo económico

⁴⁶⁷ Idem ibid.

⁴⁶⁸ Ibidem.

⁴⁶⁹ ARAGÓN REYES, Manuel: “Orden Constitucional Económico”, op. cit., p. 165-166.

de la sociedad, hasta materias concretas como puede ser el derecho comercial o mercantil, el más específico derecho societario, el derecho concursal, el derecho de la competencia, el derecho de los consumidores y usuarios, el derecho de la contratación comercial, tanto nacional como internacional, entre otros.

8.3. Conceptualización del amparo económico.

Se trata de un proceso constitucional específico que pretende tutelar diversos derechos fundamentales de contenido constitucional directo o, como anota con mayor rigor Manuel Aragón, que se impetra cuando se pretende atacar vulneraciones de los diversos preceptos constitucionales que configuran el “orden económico constitucional”, y que incidan directamente sobre posiciones subjetivas ius-fundamentales.

A diferencia de otros países como Chile, donde el recurso de amparo en materia económica, instaurado de modo especial a través de la Ley N° 18971 (de fecha 10 de marzo de 1990), protege sólo de modo objetivo el “orden público económico”, en tanto este recurso puede activarse sin la necesidad de que exista un interés legítimo de por medio, es decir, sin la afectación de una posición subjetiva constitucional⁴⁷⁰, en nuestro país, el amparo económico constituye por excelencia un medio de tutela de los derechos subjetivos ius-fundamentales económicos de aquellos que participan en una actividad económica. En este contexto, si bien a través de la dimensión objetiva del proceso de amparo, puede verificarse la vulneración de los principios constitucionales que inspiran nuestro modelo económico constitucional, básicamente este tipo de amparo se activa ante la violación o amenaza de violación de los derechos económicos fundamentales inscritos en nuestra Constitución Económica.

⁴⁷⁰ Realizando una comparativa con nuestro país y con el espíritu del régimen económico establecido en la Constitución de 1993, habría que considerar el fundamento que se utilizó en Chile para incorporar una modalidad específica de amparo como ésta. Así, el propio Presidente de la República de Chile explicó en el discurso sustentatorio del Proyecto de Ley lo siguiente: “la iniciativa tiene por finalidad determinar cuál es la dimensión adecuada para el Estado productor. Por ello sus normas significan una definición, en cuanto considera que una presencia empresarial pública gravitante hace difícil, si no imposible, la consolidación de una sociedad libre, por el control creciente que otorga a los funcionarios sobre las personas” (Cfr. NAVARRO BELTRÁN, Enrique: “El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial”, en *Estudios Constitucionales*, segundo semestre, año/vol. 5, número 002, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, 2007, p. 100).

8.4. Ámbito de protección del amparo económico.

En este caso se trata de la relevancia económica de diversos derechos fundamentales como la libertad de comercio (art. 59), de contratación (art. 2.14 y 62), de creación científica (art. 2.8), creación intelectual (art. 2.8), libertad de industria (art. 59), libertad de empresa (art. 59), derecho de asociación (art. 2.13), de herencia (art. 2.16), de igualdad (art. 2.2.), derecho de participación en la vida económica de la nación (art. 2.17), de propiedad privada (art. 2.16 y 70), de propiedad comunal (art. 88), derechos de los consumidores y usuarios (art. 65).

Desde el punto de vista del desarrollo jurisprudencial, el TC peruano ha venido concretizando un amplio elenco de doctrina jurisprudencial que viene modulando la dinámica de la Constitución Económica; es decir, debemos hoy entender que el “orden constitucional económico” no sólo comprende lo que prescriben las disposiciones constitucionales, sino fundamentalmente cómo las viene desarrollando e interpretando el Colegiado Constitucional a través de diversos procesos constitucionales, entre los que destaca con brillo propio el proceso de amparo, complementado por el proceso de inconstitucionalidad y excepcionalmente por el proceso competencial.

En efecto, y sólo como una mirada panorámica, que merece ser tratada en posteriores investigaciones, el amparo económico vinculado estrecha y sustancialmente con la Constitución Económica, ha abarcado un heterodoxo conjunto de segmentaciones ius-fundamentales que vale la pena abordar del modo siguiente:

En cuanto al marco general del modelo económico, el Tribunal Constitucional ha entrado a desarrollar aspectos relacionados con el Rol del Estado en la economía, la economía social del mercado, la función orientadora del Estado, la función reguladora del Estado, el principio de subsidiariedad, el principio de libre iniciativa privada, el modelo financiero nacional, el concepto de órgano regulador y el concepto de servicio público⁴⁷¹.

Otro aspecto importante abordado por el TC peruano, como parte de la Constitución Económica es el relacionado con el Presupuesto de la República, dentro del cual ha tratado temas como la naturaleza y características del

⁴⁷¹ Vid. estos aspectos en las STCs 0034-2004-AI/TC, 0018-2003-AI/TC, 0008-2003-AI/TC, 1963-2006-PA/TC, 0048-2004-AI/TC, 7339-2006-PA/TC, 1535-2006-PA/TC, 7320-2005-PA/TC y 0005-2005-PC/TC.

presupuesto, así como los principios presupuestarios que ordenan su elaboración y dación⁴⁷².

Entre los derechos fundamentales económicos concretizados por el Colegiado, encontramos, en primer lugar, a la libertad de contratar, libertad económica fundamental que sirve de sustento y apoyo a todo el orden económico fundamental recogido en la Constitución y donde el Tribunal ha incidido tanto en la definición de su contenido constitucionalmente protegido, así como en la figura del “contrato ley”, incluida en la Constitución como una novedad y que no pretendía más que brindar un marco de seguridad jurídica para las inversiones nacionales o extranjeras⁴⁷³.

Por otro lado, la libertad de empresa también ha sido abordada por el TC, definiendo aspectos relativos a su ejercicio constitucional tales como su contenido constitucionalmente protegido, su naturaleza, límites, doble dimensión, la expropiación y los bienes de dominio público⁴⁷⁴.

B). Por el acto lesivo que se impugna.

Conforme lo delinea Ignacio Burgoa, el acto reclamado presupone un “hecho voluntario e intencional que tiende a la consecución de un fin determinado cualquiera”. En esta perspectiva es obvio que existe una compleja diversidad de actos lesivos en sus manifestaciones concretas, reales, específicas, que bien pueden ser actos materiales o jurídicos. En esta línea de reflexión el mismo Burgoa expresa que “el concepto genérico de acto, referido a la variedad de hipótesis jurídicas o no que pueden presentarse, distinguidas por multitud de circunstancias causales o teleológicas; en cada supuesto concreto proporciona la pauta para elaborar la definición del concepto del acto específico de que se trate”.

Justamente la tipología que aquí se plantea sobre las diversas formas en que el amparo pretende atacar el acto lesivo, radica en la interrogante: ¿qué tipo de acto lesivo se cuestiona o impugna?, o más ilustrativamente ¿a qué

⁴⁷² Vid. estos temas en la STC 0004-2004-CC/TC.

⁴⁷³ STCs 0004-2004-AI/TC, 2736-2004-AA/TC, 0005-2003-AI/TC, 0003-2004-AI/TC y 6534-2006-AA/TC.

⁴⁷⁴ STCs 0003-2006-AI/TC, 1209-2006-AA/TC, 4482-2007-AA/TC, 3330-2004-PA/TC, 3315-2004-AA/TC, 2802-2005-PA/TC y 6135-2006-PA/TC.

especie de acto corresponde el agravio constitucional infringido? En concreto, la pregunta determinante en el criterio aquí escogido para clasificar el amparo, puede plantearse del siguiente modo: ¿El acto lesivo que se impugna tiene la naturaleza de una resolución administrativa, una resolución judicial, una ley o norma jurídica de carácter general, o el carácter de un acto particular o inter privados? Aludimos entonces, en la presente clasificación no necesariamente a la entidad de donde provenga el acto lesivo, pues puede presentarse en el mundo jurídico que una resolución administrativa provenga de un ente como el Congreso, órgano por excelencia emisor de leyes o normas jurídicas de alcance general. Del mismo modo, puede ser que una entidad de la Administración, encargada de ordinario de la expedición de resoluciones o actos administrativos, dicte una norma que si bien será de rango infralegal, también es una norma de alcance general y cuya impugnación se ejercitará inexorablemente a través de la modalidad de amparo contra leyes.

En esta perspectiva, la pregunta no es por el “cómo se manifiesta”, pues éste es el motivo de clasificación de la siguiente tipología que abordaremos en el presente capítulo, sino con relación a “la forma de cómo se manifiesta”; esto es, nos preguntamos antes bien a través de qué forma o manifestación se patentiza el acto lesivo, entendido conceptualmente –reiteramos aquí lo planteado por Burgoa- como aquel hecho voluntario, intencional, negativo o positivo desarrollado por una autoridad, funcionario o persona consistente en una decisión o una ejecución o en ambas conjuntamente que van a producir en la esfera ontológica de la realidad una afectación en situaciones jurídicas o fácticas y que dicho agravio, acto o lesión se impone unilateral, coercitiva o imperativamente, generando como consecuencia de ello el agravio a un derecho de contenido constitucional directo y que debe ser enervado, reponiéndose el ejercicio del derecho al estado anterior a la comisión del acto lesivo.

En consecuencia el amparo bajo esta perspectiva, es decir según la forma cómo se reviste o presenta el acto lesivo o acto reclamado, puede ostentar la siguiente singladura:



1. Amparo contra leyes.

Por principio este tipo de amparo se encuentra regulado a través de específicas normas como la del artículo 3 del C.P.Const. que establece la procedencia de este proceso constitucional para impugnar la validez de una norma legal autoaplicativa, además de la doctrina jurisprudencial que ha venido desarrollando el TC sobre este supuesto de procedencia del amparo; de lo que ya se ha dado cuenta en el capítulo respectivo, al cual nos remitimos.

2. Amparo contra resoluciones judiciales.

Igualmente se trata de lo que aquí hemos esbozado como “amparo judicial” y que hemos desarrollado *in extenso* en el capítulo respectivo, donde se ha tratado el tema desde la perspectiva de la procedencia del amparo.

En este caso, el formato o la forma como se manifiesta el acto lesivo es vía una resolución judicial que afecta, por lo general, algún derecho fundamental vinculado al debido proceso o la tutela judicial efectiva y que hoy el Código lo encapsula bajo la fórmula de “tutela procesal efectiva.

3. Amparo contra resoluciones administrativas.

Igualmente en este caso estamos ante un amparo administrativo y la fórmula de identificación de esta modalidad gira en torno a la pregunta: ¿cuál es la cualidad del acto lesivo contra el cual se interpone el amparo? Esta interrogante y en apariencia simple y que lo es, sin embargo responde justamente a la forma concreta de manifestación del acto lesivo; siendo en este caso algún acto o resolución administrativa firme que afecte algún derecho ius-fundamental del administrado.

4. Amparo contra actos de particulares.

El amparo fue creado y desarrollado en América Latina contra funcionarios y autoridades públicas; recuérdese que en sus orígenes el amparo fue concebido como un instrumento o remedio procesal de protección contra el Estado. Sin embargo, salvo algunos países que sólo admiten el amparo contra autoridades, que son la minoría (Brasil, El Salvador, México, Nicaragua y Panamá), hoy el resto de países latinoamericanos permite que el amparo se active contra particulares; en algunos casos sin distinción de ningún tipo como ocurre en Argentina, Bolivia, Chile, República Dominicana, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; y en otros casos en forma restrictiva sólo respecto de ciertos individuos o empresas concesionarias de servicios públicos, con poderes públicos delegados o que estén en ciertas situaciones de poder en relación con la colectividad, como es el caso de Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Honduras.

En el caso peruano se presenta la posibilidad de que existan conflictos de derechos fundamentales entre particulares. Lo normal son los conflictos que se presentan entre una persona natural –como puede ser un trabajador- contra la empleadora –una persona jurídica particular- o de una persona natural o jurídica contra alguna empresa monopólica u oligopólica que afecte complejos derechos que pueden ser medioambientales o colectivos. Lo importante aquí es que el acto lesivo ya no dimana del Estado, sino de entidades de mayor complejidad que, por lo general, son empresas en posiciones de dominio.

Con todo, el fundamento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, el Tribunal lo ha encontrado básicamente en cuatro aspectos: a) El principio de dignidad humana que es el fin supremo no sólo del Estado, sino también de la sociedad (art. 1 de la Constitución), b) El deber de respeto general de todos los peruanos hacia la

Constitución (art. 38 de la Constitución), c) La procedencia de los procesos constitucionales frente a particulares (art. 200 de la Constitución) y d) El carácter objetivo de los derechos fundamentales como normas que vinculan e irradian todo el ordenamiento jurídico⁴⁷⁵.

C. POR LA FORMA DEL ACTO LESIVO QUE SE IMPUGNA.

Aquí la clasificación ya no es sobre la materia que se resuelve, sino se trata de identificar el amparo por la forma como se perpetra el agravio constitucional o acto reclamado. Es decir, el amparo puede abordarse, según la forma como se presente en el mundo de la realidad fáctica el agravio constitucional; y que, aunque pueda parecer baladí, la importancia práctica o utilidad de esta clasificación se verifica cuando vemos que, en el mundo del derecho, no sólo es relevante la acción positiva, sino que también lo son otras formas de presentación del agravio. No olvidemos que el componente del acto lesivo puede presentarse de diversos modos y puede llevarnos a clasificar el amparo según la forma como se presente en la realidad ese acto lesivo.

En primer lugar, desde el punto de vista del *íter* del acto lesivo, se puede apreciar que en el mundo de la realidad fenomenológica, el desarrollo o despliegue de la conducta humana puede abarcar desde la *ideación* o decisión de comisión de un acto hasta su consumación o acaecimiento en el mundo existencial, teniendo en determinados casos, ambos extremos del recorrido conductual, efectos o consecuencias en el plano jurídico. Sin pretender homologar o equiparar, *sensu strictu*, el mundo del *íter criminis* penal⁴⁷⁶ a la teorización del acto lesivo constitucional; en la definición de la procedencia del amparo, este proceso constitucional se puede enderezar tanto cuando ya se ha consumado o presentado fenomenológicamente un acto que lesione o vulnere un derecho fundamental, como cuando ese acto aún no se ha presentado, pero se aprecian situaciones que hacen prever que dicho acto finalmente se producirá y que ocasionará, igualmente, una afectación sobre algún derecho de contenido constitucional. Estamos aquí ante lo que la doctrina del acto lesivo conoce como “actos presentes” (ya acaecidos en la realidad) y “actos futuros” (no acaecidos, pero de inminente realización). Esta clasificación del acto lesivo, a la vez, nos conduce a la clasificación del amparo “por violación” y “por amenaza de violación” que tanto la doctrina, como la legislación y la jurisprudencia han recogido a afectos,

⁴⁷⁵ Vid. STCs 0976-2001-AA/TC, FJ 5-9; 03179-2004-PA/TC, FJ 17; 00976-2001-PA/TC, FJ 5; 10087-2005-PA/TC, FJ 3; 06730-2006-PA/TC, FJ 9.

⁴⁷⁶ EZAINE CHÁVEZ, Amado: *El Íter Críminis*, 3ª. edición, Ediciones Jurídicas Lambayecanas, Chiclayo, 1978.

no sólo de orientar propedéuticamente la interposición de este instrumento procesal, sino también con miras a brindar una adecuada protección de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución.

Es necesario aclarar, sin embargo, que en el caso del *amparo por amenaza de violación*, en rigor, no nos encontramos aún ante una forma de comisión del acto lesivo, pues éste en sí no existe, sino en potencia; su habilitación como supuesto para la procedencia del amparo se da en función a que la protección efectiva de los derechos fundamentales que la Constitución exige no se cumple sólo con una *tutela procesal de restitución o reparación*, sino con una *tutela procesal de prevención*, que determinan la obligación de instaurar esta competencia en la función jurisdiccional que se patentiza, en este caso, en esta suerte de “*amparo preventivo*”.

En segundo lugar, desde la óptica de cómo se puede presentar la lesión ius-fundamental, se aprecia que la lesión o vulneración del núcleo de un derecho fundamental se puede producir no sólo por la intervención del agente infractor o responsable en el mundo de los hechos a través de una *acción positiva*, sino que la inacción del mismo (*acción negativa*), es decir su abstención de intervención en la realidad fáctica, puede también generar perjuicios y daños de carácter ius-fundamental en el sujeto agraviado. Esto se da porque el respeto y la protección de los derechos fundamentales no se patentiza sólo a través del *laissez faire*, como se pensaba tradicionalmente en el auge del Estado liberal, sino que muchas veces, sobre todo en el caso de los llamados *derechos sociales*, su efectiva vigencia depende de acciones positivas por parte del Estado e, incluso, de un particular. De este modo, no sólo en el ejemplo de los “derechos prestacionales”, sino también en el de las clásicas libertades civiles y políticas, la forma de perpetración de un agravio constitucional se da a través de actos positivos, así como de actos negativos. La diferencia radical quizás estribe, sin embargo, en que mientras en los derechos sociales la no intervención o inacción no configura de por sí una lesión, pues estos derechos ostentan la característica de la progresividad, es decir de su protección “en la mayor medida posible”, con lo que el acto negativo sólo en algunos casos determinará la conculcación del derecho fundamental; en el caso de los derechos de libertad negativa, por lo general, cuando se produce un fenómeno de inacción u omisión, el efecto lesivo sobre el contenido esencial del derecho se producirá de modo inmediato y pleno. Por ejemplo, si una entidad administrativa es requerida para autorizar el uso de las ondas radiales espaciales, en virtud de un contrato de concesión ya firmado con una empresa televisiva, pero aquella se niega a otorgar la autorización, se configura la violación de la libertad de prensa, en virtud a la “omisión de un acto debido”.

Presentado de modo analítico, entonces, el amparo se puede configurar según el esquema de la forma como en el mundo fenomenológico se presenta el acto lesivo, del siguiente modo:



Entre estas expresiones tipológicas, dado que el acto lesivo presupone un hecho voluntario, intencional, negativo o positivo, el amparo se manifiesta en las siguientes vertientes:

1. Amparo por violación.

Esta modalidad de amparo es quizás el más emblemático y puede considerarse como la forma típica de amparo o como una suerte de “*amparo tipo*”. Es el más usual en el mundo de la fenomenología de la realidad y se caracteriza porque, producto de un acto lesivo positivo, esto es, una acción concreta efectuada por el sujeto responsable y un acto lesivo presente, esto es un acto que ya se ha llevado a cabo y que ya ha producido por su sola comisión efectos jurídicos, se produce la afectación de un derecho imbricado directamente a nivel constitucional.

2. Amparo preventivo o por amenaza de violación.

Como ya dijimos, si bien en la realidad fáctica puede aún no haberse producido el acto que llevará inexorablemente a la vulneración del derecho ius-fundamental en cuestión, es decir, puede aún no haberse producido *strictu sensu* el agravio constitucional, algunos actos previos que indiquen su inminente

realización o simplemente la posibilidad ineluctable de que éste se produzca, puede llevar a que se residencie, con plena legitimidad, un proceso constitucional de amparo y que en este caso puede calificarse como un “amparo preventivo”.

En este caso, en puridad, no se está interdictando o impugnando un “agravio constitucional futuro”, sino simplemente se está tratando de impedir que dicho agravio se produzca. Y ello es así porque la finalidad de los procesos constitucionales no es simplemente poner remedio a las vulneraciones o conculcaciones de los derechos fundamentales, de por sí y porque sí, sino que la finalidad básica de estos instrumentos de garantía constitucional es procurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, lo cual supone la iniciación de un proceso aún cuando no se haya perpetrado factualmente el agravio constitucional o acto lesivo. El sustento de esta forma de interpretar el *thelos* constitucional del amparo reside, por lo demás, en la vinculación necesaria que debe existir entre el derecho material objeto de protección y el derecho procesal encargado de protegerlo, conforme a la dimensión instrumental que todo proceso, y en especial, el proceso constitucional posee.

Con todo, no estamos aquí ante cualquier tipo de acto futuro, sino única y exclusivamente ante un acto futuro inminente, mas no ante un acto futuro remoto o simplemente posible. Como desarrollaremos detenidamente en acápite independiente respecto a los supuestos de procedencia del amparo, el Tribunal Constitucional peruano ha definido las características que debe tener este acto futuro para poder ser impugnado o residenciado vía el proceso constitucional de amparo, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 2 del C.P.Const.:

“(…) para que la amenaza sea considerada cierta, debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, es decir, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser: real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos; efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; tangible, esto es que debe percibirse de manera precisa; ineludible, entendiendo que implicará irremediablemente una violación concreta”⁴⁷⁷.

⁴⁷⁷ STC 1032-2003-AA/TC, FJ. 5.

3. Amparo por omisión de acto debido.

Si bien el acto lesivo se manifiesta, como regla, a través de una conducta positiva, proveniente de alguna autoridad, funcionario o persona; ontológicamente esa agresión no siempre supone un despliegue en la esfera práctica de quien sufre una lesión constitucional. En efecto, aquí la perpetración se configura porque el sujeto agente debe realizar un acto debido, esto es, se espera una reacción positiva de un hacer y ello no ocurre; la omisión surge así como la afrenta, el agravio y es en donde se culmina con el acto lesivo, porque se omitió algo que debió hacerse. El ejemplo clásico es el de aquel funcionario que debe entregarle el pasaporte a una persona que ya ha cumplido sus trámites previos y que sin embargo, simplemente se niega o no cumple con hacerlo⁴⁷⁸.

En rigor, son actos negativos aquellas conductas en que la autoridad funcionario o persona se rehúsa expresamente a conceder al amparista lo que a éste por derecho le corresponde. En este caso, el sujeto pasivo de la relación procesal constitucional ha hecho manifestación de voluntad para no conceder al amparista lo que debidamente le corresponde. Frondosos casos vertebran esta línea de omisión, por ejemplo, cuando la persona ha solicitado se le declare exento de alguna acotación tributaria, que por ley le corresponde, y la autoridad responsable simplemente no brinda trámite a la solicitud.

Con todo, bien se puede arribar a buen puerto señalando que:

- a) El amparo por omisión de un acto debido se entiende cuando la autoridad, funcionario o persona se rehúsa a hacer algo que le es impelido por el ordenamiento jurídico.
- b) No se configura un amparo por omisión cuando se trata de un acto prohibitivo; esto es, aquellos actos que fijan una limitación que tiene efectos positivos.

Con todo, esta variante tiene una importancia práctica para los efectos de la sentencia; pues el Código establece tácitamente el amparo por omisión cuando señala en el artículo 55, inciso 4 lo siguiente:

⁴⁷⁸ BOREA ODRÍA, Alberto: *El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de hoy*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1985, p. 39.

“La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

(...) 4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia”.

- c) Otro aspecto vinculado al amparo por omisión está relacionado a la medida cautelar. ¿Qué pasa si se plantea un amparo porque alguna autoridad omite la realización de un acto debido? ¿Se puede pedir mediante una medida cautelar la realización de dicho acto?

Luis Leonel Mendizábal lo ha expresado en los siguientes términos:

“Se ha dicho de una manera provisional, que la suspensión del acto reclamado, tiene como efecto la cesación, la detención de los procedimientos encaminados a ejecutar dicho acto, mientras se tramita el amparo, se resuelve sobre la inconstitucionalidad del mismo acto reclamado. Por otra parte, se ha precisado, asimismo, que los efectos de la sentencia de amparo, son reponer al quejoso en el goce de la garantía violada, con carácter retroactivo al momento en que se comete la violación. Con estos dos supuestos, se puede hacer la siguiente consideración: Si se considera la suspensión del acto reclamado, tratándose de actos negativos, que pueden consistir en rehusarse a actuar la autoridad responsable, o bien en omisiones, dicha suspensión no tendría efectos jurídicos de mantener las cosas en el estado en que se encuentran, mientras se resuelva el amparo, sino que se retrotraerían dichos efectos al estado en que se encontraban las cosas antes de la violación – antes de la negativa u omisión – dejando sin vida jurídica el acto reclamado, y estos efectos sólo puede tenerlos la sentencia que se dicta en el fondo del juicio de amparo, al resolver sobre la constitucionalidad del acto reclamado”⁴⁷⁹.

Con todo, esta posición no nos parece del todo correcta, y ello también, como veremos, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico-procesal. En este contexto, bien cabe plantearlo de este modo: ¿qué sucede si una persona que sufre de la penosa enfermedad de sida, protegida según la ley y algunas disposiciones reglamentarias del Ministerio de Salud, (incluso ya implementadas), con un tratamiento por medio de retrovirales gratuitos en los hospitales del Estado, no es atendido o proveído con este tratamiento y se encuentra en una situación delicada de salud? Si interpone un proceso de amparo solicitando cese la omisión de la dependencia médica que

⁴⁷⁹ MENDIZÁBAL RAMOS, Luis Leonel: *Teoría del acto reclamado en el amparo*, Tesis para obtener el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Mariano Gálvez de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, 1995, p. 43.

vulnera peligrosamente su derecho a la salud, ¿debe esperar hasta el fin del proceso (que puede durar hasta tres años) para ver remediada la omisión indebida del funcionario o autoridad responsable? ¿o puede, como medida preventiva, solicitar el proveimiento de los retrovirales para el resguardo urgente de su salud?

Este ejemplo nos pone en evidencia, por principio, cómo el supuesto de la improcedencia de medidas cautelares frente a la vulneración de un derecho fundamental por omisión no puede resolverse de modo apriorístico. En los casos de suma urgencia, como el reseñado, no encontramos, *prima facie*, ningún impedimento para el otorgamiento de la medida cautelar; si la verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*) que en este supuesto estaría respaldado por la normativa respectiva que obliga a un hospital a otorgar el tratamiento, el riesgo de irreparabilidad del derecho (*periculum in mora*) que en este caso podría probarse por el estado grave de salud del paciente, están suficientemente probados, no hay razón para no otorgar la cautela preventiva que el caso requiere. Por más que inicialmente no pueda obligarse a la Administración o un particular a realizar “un hacer” si es que no está demostrada la obligación jurídica de llevarla a cabo, esto es, luego de expedida una sentencia definitiva y firme, dicho impedimento, pensamos, no debe ser óbice para otorgar la tutela urgente que el caso concreto requiere, teniendo en cuenta sobre todo la importante valencia de los bienes jurídico-constitucionales puestos en juego y la posible irreparabilidad del agravio producto de una decisión tardía; siempre y cuando, como ya dijimos, estén suficientemente acreditados los supuestos generales que habilitan la procedencia de toda medida cautelar.

Por lo demás, el Código ha dispuesto la procedencia de medidas cautelares en el proceso de cumplimiento, conforme lo establece el artículo 15; por lo que, bien podríamos afirmar que si puede pretenderse la “ejecución provisional” de una resolución administrativa que el funcionario ha omitido acatar reiteradamente, a través de un proceso de cumplimiento, con mayor razón puede postularse la “ejecución provisional” de un acto debido por parte de la Administración, a través de un proceso de amparo. Y ello es así, porque en el caso del proceso de cumplimiento la omisión de acatamiento de una ley o resolución administrativa no necesariamente involucra la vulneración de un derecho fundamental líquido –más allá del derecho a la eficacia de las leyes y los actos administrativos, según la doctrina sostenida por el TC peruano–, mientras que en el caso del amparo, por su naturaleza

de proceso constitucional (y no sólo constitucionalizado) la omisión debida siempre incidirá sobre algún derecho de naturaleza constitucional.

- d) Un tercer problema teórico y práctico es ver la posibilidad si prospera una amenaza de violación por omisión. De ordinario la regla frente a una amenaza de violación es que el agresor exprese la intención concreta o tenga la posibilidad fáctica y jurídica de *realizar* una conducta que deviene, por ello en objetiva e inminente. Sin embargo, una primera aproximación, nuevamente en el plano de la casuística, nos puede llevar a plantearnos la hipótesis que aquí se trata. Veamos.

El caso de la *omisión inminente* de un funcionario a respetar o proteger un derecho fundamental, puede producirse por disposición expresa de una norma infraconstitucional (que puede ser una ley) que sea a todas luces vulneratoria de dicho derecho fundamental y, por ende, inconstitucional. En este supuesto, podemos afirmar que el funcionario de la Administración, acostumbrado a sujetarse al principio de legalidad, incluso sobre el principio de constitucionalidad, preferirá la aplicación de la ley sobre la Constitución; por lo que, en este caso, la amenaza sobre el núcleo del derecho ius-fundamental sería inminente, con lo cual se configuraría el supuesto de la amenaza de violación por omisión. Sin embargo, creemos que, *strictu sensu*, éste no es aún el supuesto donde dicha hipótesis se configura. No basta la suposición de que el funcionario acatará la ley y, por tanto, vulnerará el derecho. No hay tampoco aún, en rigor, una omisión por parte del funcionario. El supuesto, en estricto, se presenta cuando la autoridad “*da muestras*” de que en el momento de protección del derecho *omitirá* “un hacer” que ocasione irremediablemente la vulneración de dicho derecho constitucional. Por ejemplo, en el caso de que una ley ordene la suspensión del proveimiento de medicamentos gratuitos a la “población judía” y el funcionario o autoridad del hospital respectivo “omita”, producto de esta orden, el requerimiento de compra de medicamentos suficientes para atender a la población judía existente en dicho hospital. Es obvio que en este caso, la sola *omisión de compra*, indica que en el futuro el funcionario se negará a brindar los medicamentos gratuitos a la población judía. Su omisión de compra configura, en sí misma, una amenaza a la protección del derecho a la salud e igualdad ante la ley de la población judía; por lo que en este caso se configura, con rigor, el supuesto de una amenaza de violación por omisión.

- e) Finalmente, un último tramo de polémica que se presenta en el amparo por omisión de acto debido es que si acaso existiendo esta modalidad, prevista

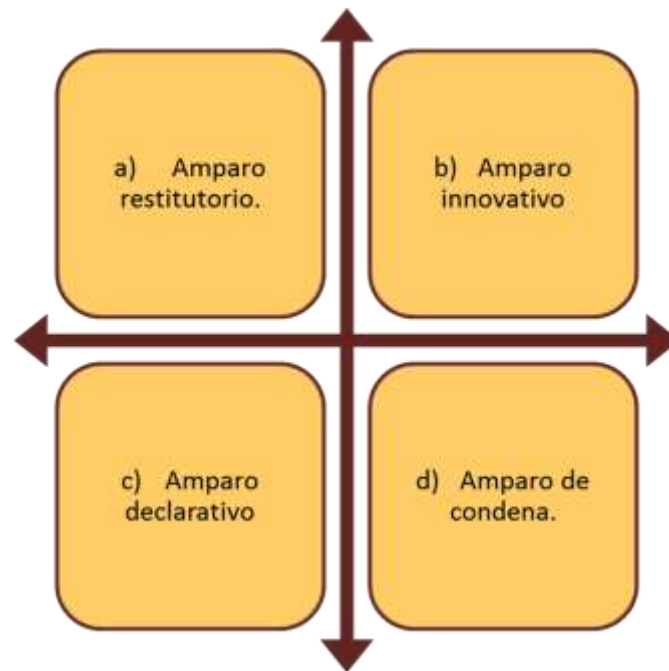
en el artículo 2 del C.P.Const., qué objeto o que suerte tendría la presencia del proceso de cumplimiento, pues este proceso constitucional procura al igual que el amparo por omisión el cumplimiento de un acto al que está obligada la Administración por mandato de una ley o una resolución administrativa (acto debido).

A ello debe agregarse el dato que cuando se formó la Comisión de Bases para la Reforma de la Constitución, durante el gobierno de transición del Presidente Valentín Paniagua, allí se propuso la supresión del proceso de cumplimiento, pues éste se hallaría subsumido, parte en el proceso contencioso administrativo, parte en el proceso de amparo por omisión de acto debido. Con todo, ante la presencia en nuestro ordenamiento procesal constitucional del proceso de cumplimiento, cabe preguntarse por la diferencia entre éste y el amparo por omisión. Un primer acercamiento nos lleva a establecer las siguientes diferencias:

- i) En el caso del proceso de cumplimiento, la omisión de acatamiento de una ley o acto administrativo puede incidir o no en un contenido de naturaleza ius-fundamental, mientras que en el caso del amparo, la omisión del acto debido necesariamente tendrá que repercutir sobre un contenido constitucional directo para que pueda proceder, de acuerdo a los términos del artículo 5, inciso 1 del C.P.Const.
- ii) Por otro lado, en el caso del proceso de cumplimiento la obligación o el mandato incumplido sólo podrá derivar de una ley o resolución dictada por la Administración, mientras que en el caso del amparo la obligación omitida puede basarse en cualquier tipo de acto que puede ser o no una ley y que puede tampoco ser una resolución administrativa. Por ejemplo, la obligación puede derivar en el caso del amparo de un acto al que esté compelido un particular.

D. Por los efectos de la sentencia.

Esta tipología de amparo debe complementarse con la lectura del capítulo relacionado con la sentencia de amparo. Con todo, de acuerdo a los efectos que genera una sentencia en materia de amparo, la configuración de cada modalidad, en estricto, estaría supeditada a lo que se declara en el fallo. En esta perspectiva, el criterio que aquí se esboza es en función a la clasificación de las sentencias, según la naturaleza de la pretensión decidida por las partes. Así se derivan los siguientes tipos de amparo:



Es bueno precisar que la Teoría General del Proceso fundamentalmente reconoce a las sentencias declarativas, constitutivas y de condena.

1. Amparo restitutorio.

Se trata de aquellos procesos en donde se plantea la restitución de derechos fundamentales presuntamente afectados. Este tipo de amparo es probablemente, como ya se ha dicho con anterioridad, el clásico o emblemático, en la medida en que conforme establece su configuración legal: “Los procesos [de amparo] tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional...” (Artículo 1 del C.P.Const.). Esta naturaleza restitutoria igualmente se ve delineada en el contenido de la sentencia fundada de amparo cuando se dispone en el artículo 55 del C.P.Const. que:

“La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:
3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación”.

Normalmente todos los procesos de amparo son de este extremo; pero como veremos en el caso del amparo innovativo la finalidad del proceso constitucional puede también ser otro.

2. Amparo innovativo.

Este tipo de amparo surge como ya se tiene dicho de la naturaleza de la sentencia; y específicamente del contenido que de ella dimana.

De ordinario, el amparo aspira a restituir en la plenitud y goce del titular el ejercicio de los derechos fundamentales que se ve menoscabado. Pero el legislador peruano, ha introducido una notable novedad, con respecto al artículo 1 del Código, último párrafo. Allí se aprecia lo siguiente:

“Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda”⁴⁸⁰.

Si bien los autores del Código han pretendido indentificar a esta figura, básicamente dirigida para el *habeas corpus innovativo*, en rigor merece extenderse esta figura a todos los procesos que integran la jurisdicción constitucional de la libertad, entre los que destacan el amparo.

En principio los autores del Código reconocen entre las clases de *habeas corpus* al *habeas corpus innovativo*, sobre el cual se pronuncian en los siguientes términos: “Resulta procedente en los casos que pese a haber cesado o haberse convertido en irreparable la violación de la libertad personal, es necesario la intervención de la autoridad jurisdiccional a fin de que tales situaciones no se repitan en el futuro contra el accionante. El juez constitucional

⁴⁸⁰ ABAD YUPANQUI, Samuel; DANÓS ORDOÑEZ, Jorge; EGUIGUREN PRAELI, Francisco; GARCÍA BELAUNDE, Domingo; MONROY GÁLVEZ, Juan y ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Código Procesal Constitucional. Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*, 3ª. Edición, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008, p. 58.

atendiendo el agravio producido declarará fundada la demanda, precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el demandado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda”.

Pues bien, como se ha señalado, no solo habría la modalidad del *habeas corpus innovativo*, sino que también cabe hablar que, por los efectos de la sentencia, exista la figura del denominado amparo innovativo. Y éste, conceptualmente se entiende como aquel proceso en cuyo caso, no se puede restituir o reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza, en virtud a que se ha producido la *sustracción de la materia*. Y por sustracción de la materia se entiende dos figuras excluyentes y no copulativas:

a) Porque en principio, ha cesado la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor. Aquí se ha perpetrado el acto lesivo, ha existido agravio o amenaza; pero luego y *motu proprio* el sujeto emplazado por la demanda cesa la agresión, es decir interrumpe el acto lesivo. Cesar es la segunda acepción de la Real Academia Española que significa “Dejar de hacer algo que se estaba haciendo”. No interesa si la lesión tuvo niveles o grados de intensidad, lo cual será meritado por el juez; el hecho es que, este cese o agresión o amenaza, no es óbice para que el juez dicte fallo fundado.

b) La segunda variante de la sustracción de la materia ocurre cuando el acto lesivo ha devenido en irreparable; esto es el agravio ya no puede resarcirse a su estado de primigeneidad, lo que comportaría que el titular del derecho fundamental menoscabado no pueda ejercerlo por irreparabilidad material. Esta irreversibilidad conforma el otro elemento de la llamada sustracción de la materia, lo cual impide al juez pronunciarse en los términos de disponer un fallo restitutorio; toda vez que no hay nada que restituir.

Lo que identifica aquí a este tipo de amparo innovativo es lo que el legislador ha dispuesto: “El juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión”. Esta parte es un primer aspecto que debe tener el fallo. En efecto, pese a que como regla el amparo, aquí y en todos los sistemas que lo regulan, tiene una eficacia restitutoria, en donde se repara el daño afectado; aquí el juez materialmente no puede retomar las cosas a su estado de uso y disfrute natural; pero pese a ello dispone fundada la pretensión. Los alcances del fallo, indica la norma, está en función del grado o intensidad del acto lesivo, de allí la expresión: “atendiendo al agravio producido”. De otro lado y acaso como una segunda parte que

debe tener el fallo del amparo, el juez expresará en términos imperativos que el emplazado o agresor “no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la demanda”, disposición que pudiera pensarse como una simple invocación o exhortación, pero que no es para nada baladí, pues una vez determinada la conducta que el emplazado debe llevar a cabo en situaciones similares, en el supuesto que dicha conducta volviera a ocurrir, el demandante podrá pedir la cesación de dicha conducta a través del procedimiento de represión de actos homogéneos, establecido en el artículo 60 del C.P.Const., el cual a la letra dice:

“Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución. Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviviente”.

Como vemos, de la norma citada se desprende que la declaración de un amparo innovativo no será para nada irrelevante, pues la declaración de un *acto lesivo primigenio* en éste, es el supuesto indispensable para determinar con posterioridad la existencia de un “*acto homogéneo*” o sustancialmente idéntico.

Por otro lado, el propio artículo 1 del C.P.Const. establece que “[en caso el demandado] procediese de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda”. La remisión del artículo 22 nos permite, sin embargo, vislumbrar un problema específico, pues allí se establece que “cualquiera de estas medidas coercitivas deben ser incorporadas bajo apercibimiento en la sentencia...”. ¿Qué pasa si en el fallo no se ha establecido el apercibimiento respectivo? A nuestro criterio esto es relativo; lo correcto es que en el fallo se debe disponer expresamente tal o cual medida coercitiva para que se actúe la sentencia, mas puede darse el caso que el juez omitió en el fallo estos extremos, lo cual puede ser imaginable en el caso del amparo innovativo, por considerarse a éste de alguna manera como un simple fallo lírico o romántico; sin embargo, ante tal situación, igualmente creemos que el juez no está impedido de interdictar una conducta lesiva del derecho fundamental si es

que en la etapa de ejecución de la sentencia, el emplazado volviese a activar la conducta que previamente había cesado.

Un último aspecto complementario es la presunta implicancia entre el artículo 1, segundo párrafo y el artículo 5, inciso 5 del C.P.Const. En efecto, en este último precepto se establece que: “La demanda será declarada improcedente si a su presentación ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable”. Aparentemente esta cláusula estaría en contradicción con el artículo 1, segundo párrafo que dispone que *debe* declararse fundada la demanda aún cuando haya cesado la violación o amenaza o ésta se haya convertido en irreparable. Por principio, no existe tal antinomia, pues en el caso del amparo innovativo el juez declara fundada la demanda, en tanto la *sustracción de la materia* opera en este caso luego de haberse presentado ésta, por lo que este supuesto no se ubica en lo prescrito por el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., que establece una *sustracción de la materia anterior* a la presentación de la demanda. En este último caso, por el contrario, sí se justifica la declaratoria de improcedencia liminar de la demanda, en tanto, además de no haber efectos restitutorios en el proceso, la sustracción ha operado por negligencia del perjudicado con el acto lesivo de haber interpuesto la demanda sobre las ruinas de un derecho que ya no se va a poder reponer.

3. Amparo declarativo.

Se trata de aquel amparo cuya sentencia tiene por objeto declarar la existencia o inexistencia de la vulneración de un derecho fundamental. En rigor, toda sentencia debe contener tanto la declaratoria del derecho vulnerado como la indicación de la conducta a cumplir, es decir es declarativa y de condena a la vez. En el caso del amparo, la declaración de la vulneración es siempre previa al establecimiento del *mandamus* preciso que el emplazado con la demanda deberá cumplir para restituir al justiciable en el goce efectivo del derecho fundamental conculcado.

Aquí, la declaración de existencia de una vulneración de un derecho fundamental, no debe entenderse como la declaración de la presencia del derecho en el ámbito ius-fundamental del peticionante del amparo; y ello porque en el proceso de amparo, la titularidad del derecho fundamental es un requisito previo para la instauración del mismo. Es decir, en el amparo no se discute si el accionante tiene o no el derecho, es decir si es titular o no de él, lo cual es una condición previa predicable en casi todos los casos, en tanto todas las personas somos titulares de los derechos fundamentales establecidos en la

Constitución, aún cuando puede darse el caso de una situación excepcional como el tema del derecho a la pensión, donde la titularidad del derecho se adquiere por la ocurrencia de la contingencia prevista en la ley para su goce efectivo; sino que lo que se confronta es si el acto que llevó a cabo el emplazado con el amparo incidió o no en el disfrute del derecho fundamental del cual el accionante es titular previamente al proceso.

En la Teoría General del Proceso, a la sentencia que va a declarar la relación sustantiva *jurídicamente adecuada* se le conoce como sentencia declarativa, y se caracteriza no porque a través del fallo se constituya un derecho, sino porque a través de él se declara la relación jurídicamente válida entre el demandante y el demandado con ocasión del ejercicio de ese derecho. Esto es lo que ocurre también en el amparo, en tanto lo que el juez debe establecer es la relación (de lesión o no) entre el amparista y el emplazado con el amparo respecto al ejercicio de determinado derecho fundamental. Esta relación se determinará en función a si el acto perpetrado por el demandado es lesivo o no del derecho fundamental que ostenta el recurrente justiciable.

En realidad, en la mayoría de los casos la sentencia declarativa de amparo no va sola, sino que tiene que estar acompañada por el mandato de un hacer o no hacer a la persona emplazada con el amparo, pues, como ya se dijo, el objeto del amparo es la reposición del afectado en el goce efectivo de su derecho fundamental y no sólo la declaración de la existencia de una lesión ius-fundamental. Con todo, puede darse el supuesto de un amparo declarativo puro, cuando, como vimos en el caso del amparo innovativo, ya no se puede compeler al emplazado a reponer al demandante en el goce de su derecho y, por ende, no se establece en el fallo un *mandamus* a cumplir, sino por el contrario, lo que interesa de este tipo de sentencia es la *declaración* de la vulneración constitucional, ello con el objeto de que un caso similar futuro, se puede reprimir una nueva violación del derecho fundamental.

4. Amparo de condena.

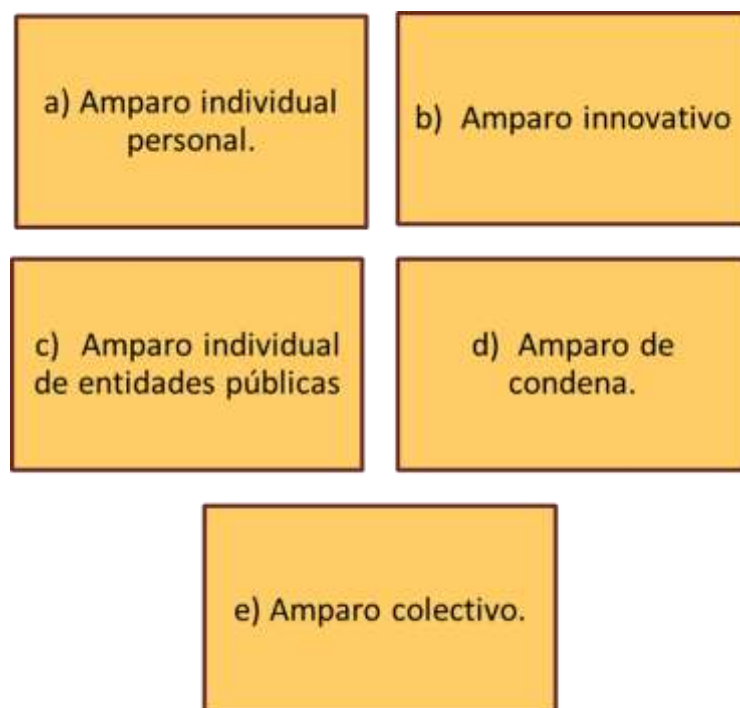
Esta modalidad es el supuesto por excelencia del proceso de amparo, en tanto el fin de este proceso constitucional es restituir al afectado en el goce efectivo de su derecho fundamental, lo cual no podría lograrse si no se estableciese en la sentencia la *orden* a llevarse a cabo para reponer las cosas al estado anterior a la violación. En la doctrina procesal se ha acuñado el término de sentencia de condena, para referirse justamente a la orden que se

dicta al demandado a través de una sentencia firme y definitiva de “hacer” o “no hacer” tendiente a satisfacer plenamente al demandante en el ejercicio del derecho.

En el caso del amparo, la sentencia que ordena una obligación de dar, hacer o no hacer, es típicamente una sentencia de condena que contiene una *mandamus* específico, que deberá ser cumplido por el emplazado, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas establecidas en el artículo 22 del C.P.Const. Esta modalidad de sentencia, es la que da lugar, como ya dijimos al explicar el presente criterio de clasificación, a este tipo de amparo que, por lo demás, como ya dijimos no se presenta nunca en un estado *químicamente puro*, pues siempre deberá estar precedido de la declaración de la lesión ius-fundamental.

E. En función a la legitimidad procesal.

En el presente caso, la modalidad está supeditada –como criterio rector– en función a las partes en el proceso, esto es, dependiendo fundamentalmente quien es el que interpone la acción, es decir según la legitimación básicamente activa, se identificaría si es un amparo de una persona natural o jurídica, y entre ésta en sus dos vertientes, pública o privada. Está demás señalar que una mayor amplitud de esta temática puede verse en el capítulo relacionado a las partes del proceso de amparo.



1. Amparo individual personal.

Esta es la modalidad tipo que de ordinario suelen conocer las entidades judiciales. Se trata de aquel proceso de amparo que reside en una persona física, natural en su condición de presunto afectado. Ahora bien, la identificación de este amparo está en función al autor o justiciable demandante. Ello en razón a que este amparo individual puede dirigirse a una persona jurídica en su versión corporativa privada o de alguna entidad pública. No se descarta, desde luego, que igualmente la persona física interponga la demanda contra otra persona natural. Con todo, se tratará, salvo el caso que el demandado sea el Estado, de los conflictos de derechos fundamentales entre particulares.

2. Amparo individual corporativo privado.

A diferencia del amparo individual personal, en el presente caso la tipología que aquí se presenta está en función a que el actor de la demanda es una persona jurídica; esto es, una entidad individual pero que actúa en su condición de persona moral. Este aspecto está ligado, desde luego, a la problemática teórica y práctica de si acaso sería factible que las personas jurídicas puedan tener determinados derechos fundamentales; posición que ya hemos decantado en el capítulo respectivo de las partes en el proceso de amparo.

Igualmente, las hipótesis que aquí se pueden presentar en relación a la entidad demandada son varias. Así, este amparo individual corporativo privado puede dirigirse homologadamente contra otra entidad de igual naturaleza, es decir otra persona jurídica privada; o en su defecto, contra una entidad jurídica pública de algún órgano o repartición del Estado. Tampoco se descarta la posibilidad de que se interponga este amparo individual corporativo privado contra una persona individual o física.

3. Amparo individual de entidades públicas.

Este es el amparo que suele interponer, aunque en términos muy excepcionales, las personas jurídicas públicas; toda esta compleja problemática se aborda en el capítulo de las partes, en especial en relativo a las personas jurídicas. La polémica, estimamos sigue abierta y plantea profundas

reflexiones desde la orilla de la Teoría General de los Derechos Humanos, sobre todo el de responder a la interrogante si el Estado tiene, epistemológicamente, derechos fundamentales. Con todo si bien es comprensible la presencia del amparo individual corporativo privado, pues tras las personas jurídicas que formalmente activan algún proceso constitucional, están ciertamente las personas físicas en su esfera de individualidad; en el caso del amparo individual de entidades públicas, tras ellas están –no otra cosa- que los poderes públicos, como ha anotado Gómez Montoro, el tema no es tan sencillo, pues en Alemania se plantea la idea de que es necesario extender la presencia de ciertos derechos fundamentales a estas entidades públicas, pues se trata de instituciones que sirven a los ciudadanos y tienen cierta independencia del Estado⁴⁸¹.

No obstante, el mar de fondo que subyace en esta tipología de amparo es un hecho muy concreto y real que se presenta en la dinámica de los casos que llegan al TC peruano, que es precisamente este tipo de amparo y en el cual se le ha reconocido a la entidad pública ser titular del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, así como el debido procedimiento administrativo; y bien puede plantearse el tema de las garantías institucionales que, como personas jurídicas públicas, ostentarían en relación a presuntos desconocimientos que otras entidades del propio Estado pretendan desconocer, como puede ser el propio legislador.

Recapitulando, en símil con los anteriores tipos de amparo, en el caso del amparo individual de entidades públicas, puede plantearse la demanda entre una entidad pública contra otra entidad pública; o bien contra una entidad individual corporativa privada; aunque puede parecer algo extraño, no se descarta que –el mundo al revés- se presente un amparo individual de entidad pública contra una persona natural o física.

4. Amparo difuso.

Se trata de aquel grupo indeterminado de personas naturales que solicitan a los órganos jurisdiccionales la presunta protección de sus derechos

⁴⁸¹ GÓMEZ MONTORO, Ángel: “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, N° 65, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, mayo-agosto del 2002, p. 53.

difusos. Lo que identifica a esta modalidad es que son necesidades colectivas individualmente sentidas. Jorge Miranda apunta:

“Trata-se de necessidades comuns a conjuntos indeterminados de indivíduos e que somente podem ser satisfeitas numa perspectiva comunitária. Nem são interesses meramente colectivos, nem puros interesses individuais, ainda que possam projectar-se de modo específico, directa ou indirectamente, nas esferas jurídicas destas ou daquelas pessoas”⁴⁸².

Por lo general, los amparos difusos pueden estar sustentados a través de una simple persona natural o persona jurídica privada, así lo expresa el artículo 40 del C.P.Const.:

“Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos”.

No obstante, cabe aquí aclarar que en esta modalidad de amparo, su esencia no lo determina quien lo interponga, pues puede ser cualquier persona natural o jurídica, sino por la materia que está en juego que son aquellos derechos ecológicos del medio ambiente, salud, educación, identidad étnica, pluralidad cultural, política ambiental, áreas naturales protegidas, conservación de la diversidad biológica, protección del consumidor o usuario, etc.

5. Amparo colectivo.

Así como la doctrina distingue “interés difuso” o “derecho difuso”; lo propio existe en paralelo los “derechos colectivos” o “intereses colectivos”. Por principio, todos los derechos difusos que están en juego son colectivos, pero no necesariamente todos los derechos o intereses colectivos son difusos. Y es que el amparo colectivo, como ya se ha manifestado, el carácter colectivo del interés viene determinado por la relación jurídica que vincula a sus titulares entre sí, o a estos con la parte contraria. Por ejemplo, si en el Perú se diera una ley que suprimiera el medio pasaje para el universo de los estudiantes universitarios, allí

⁴⁸² MIRANDA, Jorge: *Manual de Direito Constitucional*, T. IV, Direitos Fundamentais, 2ª edición, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1993, p. 66.

puede entablarse un amparo colectivo, a través de la federación universitaria y bien puede disponerse en el fallo respectivo, como hipótesis –y esto siempre y cuando se evaluara la presunta inconstitucionalidad- la declaratoria de un *estado de cosas inconstitucionales*; y la *sentencia* tendría efectos más allá de las partes. Aun cuando con el mismo objeto pueda interponerse también una demanda de inconstitucionalidad.

4. REFLEXIONES FINALES.

La propuesta de clasificación o tipologías de amparo que aquí acabamos de esgrimir, por lo demás, debe entenderse en términos relativos y no axiomáticos. Y ello porque un análisis transversal de cada modalidad tiene conexión con otros tipos de amparo. Nos explicamos, la propuesta que aquí se plantea permite como “diseño” por decirlo así, diferentes combinaciones tanto al interior de cada criterio de clasificación como al exterior de éstas.

Así, algunas formas de combinación de modalidades de amparo pueden darse, por ejemplo, entre los tipos de amparo por la materia. De este modo, un “amparo tributario” puede verse también como un amparo económico, o un amparo previsional puede identificarse, a la postre, como un amparo administrativo. Lo propio un amparo económico puede presentarse bajo el parámetro de un amparo judicial; y las combinaciones siguen *in crescendo*: el amparo ecológico puede ser a su vez un amparo económico o un amparo administrativo.

Y si apelamos a un juego de combinaciones, *ad extra*, es decir entre distintos criterios de clasificación, bien podríamos tener un número muy amplio de combinaciones. Así por ejemplo, las distintas tipologías de amparo por la materia (criterio A) pueden conjugarse con los tipos de amparo según la forma del acto lesivo (criterio B) de la siguiente manera:

- a) El amparo contra resoluciones judiciales es, en estricto, un amparo judicial.
- b) Un amparo administrativo no es más que un amparo contra resoluciones administrativas.
- c) Un amparo ecológico puede plantearse como un amparo contra actos de particulares.
- d) Un amparo tributario, puede manifestarse como un amparo contra leyes.

Por otro lado, las modalidades aquí esbozadas de amparo de acuerdo a la forma fenomenológica del acto lesivo (criterio C) pueden a su vez combinarse con los distintos tipos de amparo por la materia (criterio A) del siguiente modo:

- a) El amparo por violación comprende a todas las manifestaciones de los amparos por la materia, es decir, el amparo laboral, previsional, judicial, económico, etc.
- b) El amparo preventivo, por amenaza de violación, igualmente comprende todos los tipos de amparo por la materia.
- c) El amparo por omisión, a su vez, puede presentarse en idénticas hipótesis que los dos casos anteriores, aun cuando por excelencia se trate de un amparo administrativo, lo que comúnmente se conoce como “amparo por mora de la administración”.



RESUMEN

Una propuesta de estudio del proceso de amparo en el Perú, sin duda, exige analizar a este trascendental proceso constitucional a partir de los distintos ámbitos o ramas del Derecho en los cuales puede tener lugar, cada una de las cuales tiene una serie de particularidades propias que la distinguen de las demás. De allí la importancia de establecer una “tipología” de procesos de amparo, a fin de que el análisis jurídico que deba realizar el juez constitucional en cada uno de ellos, tenga en cuenta y considere estas “especificidades” que son materia de cuestionamiento en un proceso constitucional de amparo. Sin embargo, ello no implica que cada tipología del amparo sea independiente de la otra, sino que, precisamente a consecuencia del fenómeno de la transversalización del Derecho Constitucional al entero ordenamiento jurídico, existe una serie de “conexiones” o “puentes” que han sido puestos de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cuáles son los requisitos de procedencia del amparo laboral, dependiendo de si se trata de un trabajador del sector privado o del sector público?
2. ¿Cuál es el ámbito de protección del amparo económico, y cuáles son los principios constitucionales que pueden ser materia de estudio en dicha clase de amparo?
3. ¿Cuál es la diferencia entre el “amparo innovativo” y el “amparo declarativo”?
4. ¿Cuáles son las diferencias y semejanzas entre el “amparo difuso” y el “amparo colectivo”?