



ANEXO DE LECTURAS

CURSO “DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL”

**UNIDAD I: EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.
INTRODUCCIÓN**

1) ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 17-63.

CAPÍTULO PRIMERO

El Derecho Procesal Constitucional

I. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

1. La Constitución: una norma jurídica directamente aplicable

En la actualidad no existe discusión respecto a que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico de un país y que debe contar con instrumentos procesales que garanticen su vigencia. No obstante, esta afirmación no siempre ha sido aceptada. Han habido momentos en el desarrollo y configuración del Estado de Derecho en los cuales no se ha contado con mecanismos jurisdiccionales que permitan salvaguardar el principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales. Recuérdese al respecto que inicialmente se pensó que el Parlamento era el único órgano encargado de revisar las leyes inconstitucionales y las infracciones a la Constitución, y que el Poder Judicial no era más que la “boca de la ley”, incapaz de disponer su inaplicación cuando ella contradecía lo dis-

puesto por la Constitución.

Fue precisamente el surgimiento de la "*judicial review*" en los Estados Unidos el que permitió reconocer que la Constitución es una norma jurídica y debe ser aplicada por los tribunales, contribuyendo decididamente a que el Poder Judicial se convierta en un verdadero poder capaz de controlar al legislativo y negarse a aplicar sus normas. De ahí que, con justa razón, García de Enterría haya sostenido que fue en el derecho norteamericano donde surgió el principio de supremacía constitucional y la concepción de la Constitución como verdadera norma jurídica⁽⁵⁾. A ello habría que agregar que "solo es Constitución normativa la Constitución democrática"⁽⁶⁾.

En efecto, cuando en 1803 la Corte Suprema norteamericana expidió la famosa sentencia recaída en el caso "Marbury vs. Madison" disponiendo la inaplicación de una ley al caso concreto por inconstitucional, surgió —aunque con conocidos antecedentes— la "*judicial review*" o control difuso de constitucionalidad de las normas. Este modelo tiene matices especiales por haber nacido en un ordenamiento caracterizado por la vigencia del principio del "*stare decisis*" y del precedente vinculante, propio del "*common law*".

A diferencia del caso norteamericano, en Europa —Francia, por ejemplo— hacia fines del siglo XVIII la imagen del juez se encontraba sumamente devaluada. Basta recordar que la Ley del 1 de diciembre de 1790 creó el "*référé legislative*" mediante el cual el Cuerpo Legislativo debía intervenir para interpretar las leyes pues aquella era una facultad vedada a los jueces⁽⁷⁾. Esta desconfianza hacia el Poder Judicial, fruto de la negativa experiencia judicial que caracterizó al antiguo régimen y de una concepción de la ley entendida como expresión de la voluntad popular que solo podía ser interpretada por el

Parlamento, explica la afirmación de Robespierre para quien "En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley"⁽⁸⁾.

La percepción del juez como boca de la ley ha ido cambiando. Fue, precisamente, Kelsen quien desarrolló un modelo de control constitucional distinto al norteamericano denominado austriaco, europeo o concentrado, introducido inicialmente en países europeos y, posteriormente, en diversos países de América Latina. En efecto, la aparición y funcionamiento de los Tribunales Constitucionales en los países europeos —a partir de las Constituciones austriaca y checoslovaca de 1920⁽⁹⁾—, con los intervalos producto de la II Guerra Mundial, fue aportando bases sólidas para el diseño de un Estado cuya potestad legislativa debía ser controlada jurisdiccionalmente.

Pero el control normativo, —difuso o concentrado—, no ha sido el único ámbito de fiscalización del poder. También lo ha sido la tutela de los derechos fundamentales frente a los actos, omisiones o amenazas de los poderes públicos y, en ciertos países, de los particulares. El surgimiento del hábeas corpus en Inglaterra hacia el siglo XIII, —con un punto importante de referencia en 1679 con el "*Habeas Corpus Amendment Act*" del 26 de mayo de 1679⁽¹⁰⁾—, y el "juicio de amparo" mexicano —a nivel federal en el Acta de reformas de 1847 y en el plano local en la Constitución de Yucatán de 1841—, fueron momentos decisivos en estos esfuerzos.

De esta manera, progresivamente se ha ido avanzando de un Estado legal de Derecho a un Estado constitucional de Derecho⁽¹¹⁾,

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Madrid: Civitas, 1991, pp. 50-51.

(6) ARAGÓN REYES Manuel, "Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control", Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 13.

(7) TEROL BECERRA Manuel, "El Consejo General del Poder Judicial", Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 14.

(8) Cit. por DE OTTO Ignacio, "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes", Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 293.

(9) CRUZ VILLALÓN Pedro, "La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)", Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 232.

(10) GARCÍA BELAUNDE Domingo, "El hábeas corpus en el Perú", Lima: UNMSM, 1979, p. 10.

(11) Así lo ha señalado Manuel GARCÍA PELAYO al precisar que "la existencia de una Jurisdicción Constitucional, (...), significa la culminación del proceso de desarrollo del Estado de Derecho o, dicho de modo más preciso, la transformación del Estado legal de Derecho en Estado constitucional de Derecho" ("Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho", en "El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate", Lima: Fundación Friedrich Naumann, Comisión Andina de Juristas, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1986, p. 23).

donde—como ha sostenido Manuel Aragón— el control, incluso frente a los abusos del “poder privado” se convierte en un “elemento inseparable del concepto de Constitución”⁽¹²⁾.

2. Una nueva disciplina jurídica

Aceptado lo anterior, los esfuerzos de los juristas han tratado de ubicar a la disciplina del derecho que estudia al conjunto de instrumentos jurisdiccionales de defensa de la Constitución (hábeas corpus, amparo, acción de inconstitucionalidad, etc.) en diversas categorías conceptuales.

Así por ejemplo, se habla de la Jurisdicción Constitucional, de la Justicia Constitucional, del Control Constitucional, o de la Defensa de la Constitución, entre otras denominaciones. Además, se discute si forma parte del Derecho Procesal, del Derecho Constitucional o de ambos. Sin embargo, ninguna de tales expresiones ha resultado plenamente satisfactoria ni se ha encontrado al margen de críticas.

En los momentos actuales, se ha abierto paso con fuerza una nueva disciplina jurídica, a la que se ha denominado Derecho Procesal Constitucional, cuyo objeto de estudio es el conjunto de procesos de tutela de la Constitución, que —en rigor— constituyen verdaderos procesos constitucionales. Para su desarrollo el Derecho Procesal o la teoría general del proceso se ha convertido en una compañía indispensable que debe permitir que la Constitución cuente con instrumentos procesales ágiles y eficaces que garanticen una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales y, en definitiva, del principio de supremacía constitucional.

(12) ARAGÓN REYES Manuel, Ob. cit., 1995, p. 15.

II. INFLUENCIA DE LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Unidad del Derecho Procesal y origen de los procesos constitucionales

El surgimiento del procesalismo científico ha permitido superar el método exegético y desarrollar la llamada teoría general del proceso que “tiene su punto de partida en la unidad del derecho procesal”. Por ella “ha de entenderse, *lato sensu*, el estudio y exposición de los conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas procesales, es decir, los componentes del tronco del que todas ellas arrancan”⁽¹³⁾. Se trata con esta disciplina de “llegar en la unidad científica hasta allí a donde sea posible, sin forzar la esencia de los conceptos”⁽¹⁴⁾.

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que las distintas disciplinas procesales—civil, penal, laboral, etc.— tienen elementos comunes que pueden agruparse y ser de aplicación a todas ellas. No estamos, pues, ante materias desvinculadas. Existe entre ellas un tronco común que las identifica.

La presencia de elementos comunes, aceptada cuando hablamos del Derecho Procesal Civil y Penal, no ha sido tan desarrollada cuando nos referimos a los procesos constitucionales. Una explicación de la limitada o nula influencia del Derecho Procesal la brinda la simple constatación del momento en que tales instrumentos aparecen.

Así por ejemplo, podemos recordar que el amparo nace en México en la Constitución del Estado de Yucatán—vigente desde el 16 de mayo de 1841—, a través de la intervención de Manuel Crescencio

(13) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO Niceto, “La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho Procesal”, en “Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)”, tomo II, México: UNAM, 1992, pp. 593-594.

(14) FAIRÉN GUILLÉN Víctor, “Problemas actuales del Derecho Procesal. La defensa. La unificación. La complejidad”, México: UNAM, 1992, p. 83.

Rejón. A nivel federal se introduce en el Acta de Reformas de 1847, que se nutrió de las ideas de Mariano Otero, y se mantiene en la Constitución Federal de 1857 y en la vigente de 1917, que cuenta con diversas reformas⁽¹⁵⁾. Por su parte, la idea kelseniana de crear un Tribunal Constitucional, plasmada en Austria y Checoslovaquia en 1920, con competencia para expulsar del ordenamiento jurídico a las leyes inconstitucionales, a través de la acción de inconstitucionalidad, careció de toda influencia procesal.

En efecto, si solo nos detenemos en las fechas indicadas, podemos constatar que los instrumentos procesales antes mencionados –nacidos en contextos y momentos distintos–, surgieron en una época en la que el procesalismo científico aún no había surgido –el amparo mexicano aparece antes–, o cuando recién se estaba desarrollando –la acción de inconstitucionalidad y el Tribunal Constitucional– aunque aquel no tuvo una influencia decisiva para su introducción.

Y es que, como ha anotado Juan Montero Aroca, el Derecho Procesal se inicia en Alemania a mediados del siglo XIX, donde destacan “dos pasos fundamentales”. En primer lugar, la discusión en torno a la acción entre Bernhard Windscheid y Theodor Muther (1856 y 1857) que permitió destacar su autonomía frente al derecho material; y, en segundo lugar, el libro de Oscar Bulow publicado en 1868 sobre “La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”⁽¹⁶⁾ donde se precisa que el proceso es una relación jurídica de derecho público.

Por su parte, Alcalá-Zamora y Castillo ha distinguido cuatro sectores de influencia para describir el desarrollo del procesalismo científico. En primer lugar, la escuela germánica con Wach como fundador, cuya “vida científica” fue de 1868 a 1926; luego, el procesalismo italiano bajo la dirección de Giuseppe Chiovenda –que conocía el

derecho procesal alemán⁽¹⁷⁾– cuando aborda en 1903 el tema de la acción en el sistema de los derechos, aunque con valiosos trabajos previos⁽¹⁸⁾; a su turno, el procesalismo español pero solo a partir de la recepción de Chiovenda –luego de 1920– cuya doctrina impulsa la renovación en dicho país⁽¹⁹⁾; y, finalmente, el derecho iberoamericano donde “el mejor procesalismo americano se encuentra en Sudamérica y más concretamente en Brasil, Uruguay y Argentina”⁽²⁰⁾. Anota Fix Zamudio que “no es una simple coincidencia que el florecimiento de los estudios procesales en Latinoamérica se produjera en los años cuarenta, en los cuales se advierte la influencia directa o indirecta de los tres grandes maestros europeos del exilio, que crearon auténticas escuelas científicas en nuestra región. Nos referimos a los ilustres procesalistas, el italiano Enrico Tullio Liebman, en Brasil, así como los españoles Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en México y Santiago Sentís Melendo en Argentina”⁽²¹⁾.

En consecuencia, podemos afirmar que la influencia procesal para el surgimiento de los procesos constitucionales en los países europeos y en América Latina o no existió o no fue determinante. Esto explica que las denominadas “garantías constitucionales” –expresión utilizada por la Constitución peruana de 1979 y reiterada por la Carta de 1993– o las también llamadas “acciones de garantía” –denominación utilizada por la Ley 23506, de diciembre de 1982– hayan

(15) BURGOA Ignacio, “El juicio de amparo”, 40 ed., México: Porrúa, 2004, pp. 115-130.

(16) MONTERO AROCA Juan, “Derecho Jurisdiccional”, 2 ed., Tomo I, Parte General, Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A., 1991, p. 26.

(17) En palabras de Calamandrei “Giuseppe Chiovenda se dedicó a esta reconstrucción sistemática del proceso civil después de haber sometido a una metódica revisión la ciencia procesal alemana, y después de haber tomado contacto, en el derecho romano y en el derecho común, con el filón más genuino de nuestra tradición nacional”. CALAMANDREI Piero, “Los estudios de Derecho Procesal en Italia”, Serie Brevarios de Derecho, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, pp. 24-25.

(18) En otro ensayo el propio autor precisa que el inicio de la escuela italiana es anterior a 1903 pues Chiovenda ya desde 1894 venía desarrollando valiosos trabajos sobre la problemática de las costas. Cfr. del citado autor, “Momentos, figuras, preocupaciones y tendencias del procesalismo científico”, ob.cit. pp. 509-510.

(19) Para Montero Aroca “en la tercera década del presente siglo se empieza a hablar en España de derecho procesal, y es perceptible en nuestros autores la influencia primero de la doctrina italiana y después de la alemana” (Ob. cit., p. 46).

(20) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO Niceto, “Evolución de la doctrina procesal”, en “Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)”, tomo II, México: UNAM, 1992. 1 reimprisión, pp. 308-321.

(21) FIX ZAMUDIO Héctor, Presentación al libro de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, “Proceso, autocomposición y autodefensa”, 3 ed., México: UNAM, 1991.

nacido desnudas del conjunto de categorías e instituciones que ha desarrollado el procesalismo científico.

Tal afirmación, se confirma cuando se examinan algunas denominaciones clásicas en los actuales procesos constitucionales que han eludido el empleo de las voces propias del derecho procesal. Así por ejemplo, la "suspensión del acto" no es otra cosa que una medida cautelar; la "acción de inconstitucionalidad" no es más que el proceso de inconstitucionalidad; la "acción popular" es un proceso contencioso administrativo contra reglamentos ilegales o inconstitucionales con una amplísima legitimación atribuida a cualquier persona, entre otras instituciones a las que podemos aludir. Esto que pudo resultar excusable en otros momentos, hoy debe ser reevaluado para incorporar los aportes del Derecho Procesal.

Ello no significa desconocer la influencia del Derecho Constitucional en el estudio de los procesos constitucionales, sino tan solo destacar su autonomía respecto a la disciplina sustantiva o Derecho Constitucional. Solo así podremos contar con una mejor perspectiva de análisis.

2. ¿Acciones constitucionales, juicios, garantías, recursos o procesos?

Cuando tratamos de introducimos en estos conceptos procesales con frecuencia nos encontramos con el empleo de una terminología variable. En efecto, si acudimos a la experiencia mexicana, descubriremos que se le atribuye el carácter de "juicio" al amparo; en Argentina y Colombia, en cambio, se prefiere la expresión "acción" —así por ejemplo, la acción de hábeas corpus o la acción de tutela—; mientras que en España se califica como "recurso" al amparo, al hábeas corpus y al de inconstitucionalidad.

En el Perú, tanto la Constitución de 1979 como la de 1993 han utilizado la voz acción (acción de hábeas corpus, acción de inconstitucionalidad, acción popular, etc.), agrupándolas dentro del título relativo a las "garantías constitucionales". Posiblemente por ello la

Ley 23506, sobre hábeas corpus y amparo, introdujo la expresión "acciones de garantía". Sin embargo, cabe preguntarnos ¿en realidad estamos ante una acción, un juicio, un recurso o una garantía constitucional?, ¿se tratan, acaso, de conceptos similares?

Como se sabe, los tres primeros términos mencionados han merecido especial atención del derecho procesal y a partir de ahí deben examinarse.

En primer lugar, la definición de "acción" ha ido variando conforme se han consolidado los estudios de derecho procesal. Así, se distinguen las doctrinas monistas que "confunden la acción con el derecho material o bien eliminan a este", de las dualistas las cuales "diferencian a la acción del derecho subjetivo material"⁽²²⁾. Acogiendo esta última doctrina, podemos entender a la acción como el "derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto —en cuanto expresión esencial de este— que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto"⁽²³⁾.

De esta manera, no es posible seguir hablando de acciones civiles, penales o constitucionales como tradicionalmente solía ocurrir, pues en palabras de Fix Zamudio se trata de una única figura desligada del derecho material⁽²⁴⁾. En efecto, "cuando en la actualidad se sigue hablando de acciones —en plural— es porque no se ha asumido toda la evolución que hemos resumido y porque se está todavía en el concepto romano o, por lo menos, en el del siglo XIX"⁽²⁵⁾.

En segundo lugar, el término "recurso" constituye un medio de impugnación de los actos procesales destinado a promover su revi-

(22) FAIRÉN GUILLÉN Víctor, "Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales", Barcelona: Librería Bosch, 1990, pp. 78-79.

(23) MONROY Juan, "Introducción al proceso civil", Tomo I, Santa Fe de Bogotá: Temis-De Belaunde & Monroy, 1996, p. 271.

(24) FIX ZAMUDIO Héctor, "El juicio de amparo y el Derecho Procesal", La Justicia, México, 1979, N° 585, pp. 24-27.

(25) MONTERO AROCA Juan, "Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano", Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1999, p. 144.

sión y eventual modificación⁽²⁶⁾. De ahí que no resulte adecuada la denominación española de "recurso de inconstitucionalidad", pues aquel no cuestiona actos procesales sino normas con rango de ley.

En tercer lugar, la expresión "juicio" como ha señalado Alcalá-Zamora, históricamente ha sido concebida como sinónimo de sentencia, aunque posteriormente en hispanoamérica se ha seguido un concepto más amplio que lo identifica con el término proceso⁽²⁷⁾. En todo caso, cabe afirmar que dicha expresión "se refiere más bien al trabajo del Juez que pone fin al proceso, (...), enfatiza más la actividad intelectual (del magistrado) que el desarrollo de los actos"⁽²⁸⁾.

Desde otra perspectiva, las Constituciones de 1979 y 1993 han calificado al hábeas corpus, amparo, hábeas data, a la acción de cumplimiento, a la acción popular, a la acción de inconstitucionalidad y al conflicto de competencias como "garantías constitucionales". En palabras de Manuel Aragón, las garantías son "los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de la Constitución"⁽²⁹⁾. Por su parte Ferrajoli considera que las garantías son las "técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con la estipulación constitucional"⁽³⁰⁾.

La precisión efectuada nos permite diferenciar las garantías de los derechos, pues no se trata de expresiones sinónimas como algunos ordenamientos jurídicos todavía suelen utilizar –por ejemplo México al referirse a las "garantías individuales"–, sino marcadamente distintas.

Una interesante clasificación de las garantías diseñadas para la protección de los derechos humanos, es la propuesta por Antonio Pérez Luño⁽³¹⁾. Esta distingue tres bloques distintos: garantías normativas, jurisdiccionales e institucionales.

- a) Las garantías normativas, sostiene Pérez Luño, se presentan cuando una Constitución contiene expresos dispositivos cuyo objeto es "asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, evitar su modificación, así como velar por la integridad de su sentido y función". Aquí podemos referirnos a la fuerza vinculante de los derechos constitucionales frente a los poderes públicos e incluso los particulares, la rigidez del procedimiento de reforma constitucional que evita la fácil alteración del contenido de estos derechos, la reserva de ley según la cual el legislador es quien debe desarrollar su contenido y no el Ejecutivo, así como la cláusula que exige al legislador el respeto del contenido esencial de los derechos constitucionales⁽³²⁾.
- b) Las garantías jurisdiccionales, son los procesos destinados a la protección de los derechos humanos que se ventilan ya sea ante el Poder Judicial o ante un órgano especializado, sea una Corte o un Tribunal Constitucional. Héctor Fix Zamudio ha propuesto, incluso, una clasificación de estos procesos al distinguir los remedios procesales indirectos (su finalidad es proteger derechos ordinarios pero que en ocasiones podrían tutelar derechos humanos, v.g. el proceso ordinario); los instrumentos complementarios (sancionan la violación de los derechos cuando esta ha sido consumada, v.g. el juicio político a los altos funcionarios)⁽³³⁾; y los instrumentos procesales específicos (cuya finalidad es proteger los

(26) COUTURE Eduardo, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires: Astrea, p. 340.

(27) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO Niceto, "Proceso, autocomposición y autodefensa", 3 ed., México: UNAM, 1991, p. 117.

(28) VÉSCovi Enrique, "Teoría General del Proceso", Bogotá: Temis, 1984, p. 104.

(29) ARAGÓN REYES Manuel, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", Revista española de Derecho Constitucional, Madrid: CEC, N° 17, 1986, p. 99.

(30) FERRAJOLI Luigi, "Derechos y garantías. La ley del más débil", 2 ed., Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2001, p. 25.

(31) PÉREZ LUÑO Antonio E., "Los derechos fundamentales", 3 ed., Madrid: Tecnos, 1988, p. 66.

(32) PÉREZ LUÑO Antonio E., Ob. Cit., pp. 66-77.

(33) En el Perú este procedimiento, regulado en los artículos 99 y 100 de la Constitución, no es jurisdiccional.

derechos humanos en forma inmediata y directa, v.g. el hábeas corpus y el amparo, tutela o recurso de protección)⁽³⁴⁾.

- c) Las garantías institucionales, son los “instrumentos de protección institucional”. En tal sentido, pueden distinguirse instrumentos genéricos e instrumentos específicos⁽³⁵⁾. Entre los primeros, destaca el control parlamentario para verificar que los actos del Poder Ejecutivo sean respetuosos de los derechos reconocidos por la Constitución. Entre los segundos, el instrumento específico por excelencia es el *Ombudsman*, Defensoría del Pueblo o Procuraduría de los Derechos Humanos, cuyo objetivo precisamente es velar por el respeto y la promoción de los derechos humanos frente a los poderes públicos.

Ahora bien, si examinamos al hábeas corpus, al amparo, al hábeas data, a la acción de cumplimiento, a la acción popular, a la acción de inconstitucionalidad y al conflicto de competencias a la luz de tales categorías conceptuales podemos afirmar que de ser calificados como acciones, recursos o garantías constitucionales estaríamos aplicando una terminología inadecuada. Como hemos visto no existe “una multiplicidad de acciones”⁽³⁶⁾, tampoco se trata de recursos pues estos se restringen a la fase impugnativa del proceso⁽³⁷⁾.

Asimismo, no nos parece apropiada la expresión “garantía constitucional”, pues no da cuenta de su naturaleza procesal. Por ello, no estamos de acuerdo cuando la Constitución de 1979 y la de 1993 optan por denominarlas “acciones” o “garantías” y, menos cuando la Ley 23506 habla de “acciones de garantía”. Nosotros preferimos

(34) FIX ZAMUDIO Héctor, “La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales”, Madrid: Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Civitas, 1982, pp. 32-34.

(35) PÉREZ LUÑO Antonio, Ob. cit., p. 93.

(36) RIVAS Adolfo Armando, “El amparo”, Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1987, p. 40.

(37) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO Niceto, “Cuestiones de terminología procesal”, México: UNAM, p. 132.

calificarlos como procesos constitucionales, tal como lo sostiene un sector importante de la doctrina, pues se trata de instrumentos jurisdiccionales a través de los cuales se resuelve un conflicto de naturaleza constitucional de manera firme y definitiva. Así lo hace el nuevo Código Procesal Constitucional peruano.

3. ¿Justicia o Jurisdicción Constitucional?

Resulta frecuente que los distintos autores y textos que estudian a los procesos constitucionales utilicen las expresiones justicia o jurisdicción constitucional para hacerlo⁽³⁸⁾. El propio Kelsen, en su famoso ensayo sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, empleaba ambas expresiones sin establecer mayores diferencias⁽³⁹⁾.

Incluso, la doctrina ha distinguido tipos de “jurisdicción constitucional” para diferenciar los diversos actos objeto de control. Así, se habla de la llamada jurisdicción constitucional de la libertad la cual estaría destinada a tutelar los derechos fundamentales⁽⁴⁰⁾ y la jurisdicción constitucional orgánica que aborda el control de los actos normativos. En el plano internacional, podemos referirnos también a la jurisdicción supranacional. Por su parte, Néstor Sagüés distingue la jurisdicción constitucional “material” de la “orgánica” en función de que el conflicto constitucional sea o no resuelto por un Tribunal Constitucional, postulando que ella se defina no por el órgano –doctrina orgánica– “sino por la materia sobre la cual versa”⁽⁴¹⁾.

(38) También se han utilizado otras expresiones, como por ejemplo “defensa de la Constitución”, denominación que nos parece inapropiada. En efecto, como señala Manuel Aragón “La crítica más general que puede hacerse al término es la que deriva de su inadecuación: concebida la Constitución como Derecho, el control de constitucionalidad no es defensa sino aplicación e interpretación de normas” ARAGÓN REYES Manuel, “Algunas consideraciones sobre el Tribunal Constitucional”, Revista Jurídica de Castilla – La Mancha, 1987, N° 1, p. 40.

(39) Así señalaba que “La garantía jurisdiccional de la Constitución –la justicia constitucional– es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales” (KELSEN Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, Rolando Tamayo y Salmerán, Anuario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas, N° 1, UNAM, México, p. 472); y luego agregaba que “la jurisdicción constitucional no está, de ninguna manera, en contradicción con el principio de separación de poderes, sino, por el contrario, es una afirmación de este” (Ob. Cit., p. 492).

(40) CAPPELLETTI Mauro, “La Jurisdicción constitucional de la libertad”, México: Imprenta Universitaria, 1961, p. 5.

(41) SAGÜÉS Néstor, Ob. cit., p. 5.

Desde una perspectiva procesal resulta inapropiado referirse a la jurisdicción constitucional. Las expresiones coloquiales de jurisdicción civil, penal, laboral y constitucional no toman en cuenta que la jurisdicción es única y que, por tanto, no puede dividirse en varios compartimentos. Como bien afirma Montero Aroca "no existen, pues, varias jurisdicciones, sino varias manifestaciones de una única jurisdicción"⁽⁴²⁾. En consecuencia, el principio de unidad de la función jurisdiccional impide hablar de una "jurisdicción constitucional" en sentido técnico. De ahí que resulte conveniente desestimar tal expresión para denominar a esta disciplina y, en todo caso, cuando se utilice es preciso tomar en cuenta estas limitaciones conceptuales.

De otro lado, tampoco nos parece adecuado hablar de "Justicia Constitucional" para referirnos a esta disciplina. Inicialmente Fix Zamudio prefirió dicha expresión por dos razones, una filosófica y otra jurídica⁽⁴³⁾. En primer lugar, sostenía que el empleo de tal denominación pretendía "subrayar el carácter preponderantemente axiológico que persiguen los instrumentos que se han establecido, para lograr la efectividad de las normas fundamentales, ya que dichas normas contienen no solo las bases de organización y funcionamiento de los organismos del poder, sino también y de manera esencial, los principios valorativos supremos, conforme a los cuales debe conformarse todo el ordenamiento jurídico". Y en segundo lugar, pues jurídicamente las expresiones control y defensa de la Constitución resultaban demasiado amplias y la de jurisdicción constitucional demasiado limitada⁽⁴⁴⁾.

A nuestro juicio, resulta técnicamente más apropiado referirse al Derecho Procesal Constitucional. En efecto, nadie imaginaría sustituir el Derecho Procesal Civil o el Derecho Procesal Penal por las

expresiones justicia civil o justicia penal⁽⁴⁵⁾. De ahí que el propio Fix Zamudio en la actualidad prefiera "el nombre derecho procesal constitucional, con el objeto de sustituir la que se ha utilizado hasta ahora de justicia o jurisdicción constitucional"⁽⁴⁶⁾.

III. AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Origen del Derecho Procesal Constitucional

Existen dos presupuestos indispensables que han permitido el nacimiento del Derecho Procesal Constitucional. De un lado, el surgimiento del principio de supremacía constitucional y, en consecuencia, la concepción de la Constitución como una norma jurídica directamente aplicable por los jueces; y de otro, el desarrollo de la teoría general del proceso o del denominado procesalismo científico. Antes de contar con tales presupuestos no hubiera sido posible reconocer autonomía a esta disciplina.

Por ello, no resulta extraño que se atribuya a un procesalista, que además fue uno de los impulsores de la teoría general del proceso, el empleo de las expresiones procesos constitucionales y Derecho Procesal Constitucional. En efecto, fue Niceto Alcalá-Zamora quien —por lo menos en lengua hispana— utilizó por vez primera estos términos. Así, en sus "Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional" incluyó un artículo —publicado en 1933— donde se refería a "las partes en el proceso constitucional"⁽⁴⁷⁾ y otro

(42) MONTERO AROCA Juan, "Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso", 2 ed., Madrid: Tecnos, 1979, p. 28.

(43) FIX ZAMUDIO Héctor, "Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965", México: UNAM, 1968, p. 13.

(44) FIX ZAMUDIO Héctor, Ob. Cit. pp. 13-15.

(45) Sin embargo, algunos autores como Montero Aroca proponen un cambio de denominación pues consideran que la expresión "Derecho Procesal" alude al instrumento —el proceso— y no a la actividad —la jurisdiccional—, de ahí que propugnen que la disciplina se denomine "Derecho Jurisdiccional". Esta propuesta no ha encontrado consenso suficiente para ser aceptada por la generalidad de la doctrina. MONTERO AROCA Juan, Ob. Cit., p. 282.

(46) FIX ZAMUDIO Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho Procesal Constitucional", Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 3, 1999, p. 118.

(47) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO Niceto, "Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales" (Conferencia efectuada el 9 de marzo de 1933) en "Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional", Buenos Aires: Revista de Jurisprudencia argentina, 1944, p. 533.

—publicado en 1938— que aludía a la “legislación procesal constitucional”⁽⁴⁸⁾.

Posteriormente, en su conocido libro “Proceso, autocomposición y autodefensa” se refiere al “surgimiento de un proceso constitucional” y considera a Kelsen como “fundador de esta rama procesal”⁽⁴⁹⁾, aunque este último no era precisamente un procesalista, pues —como señala García Belaunde— “carecía de formación procesal”⁽⁵⁰⁾.

Por su parte, en Italia quien primero estableció “las bases” del Derecho Procesal Constitucional fue, a decir de Fix Zamudio, el destacado procesalista Piero Calamandrei. Así, señala que la publicación del libro “La ilegitimidad constitucional de la ley en el proceso civil”, en 1949, “traslada a Italia la primacía de los estudios del Derecho Procesal Constitucional”⁽⁵¹⁾.

De esta manera, el aporte de Kelsen al diseño de los procesos constitucionales y a la creación de un Tribunal Constitucional, fue la base que permitió el nacimiento de esta disciplina —su “primera gran etapa de desarrollo”⁽⁵²⁾—, que posteriormente con la influencia del procesalismo científico adquiere el nombre de Derecho Procesal Constitucional que actualmente lo identifica.

2. Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional

Partiendo de la unidad del Derecho Procesal podemos afirmar que el Derecho Procesal Constitucional es un derecho procesal

(48) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO Niceto, “El Derecho Procesal en España, desde el advenimiento de la República al comienzo de la guerra civil” (artículo separado de la Revista di Diritto Processuale Civile, 1938, N° 2, pp. 138-175), Ob. Cit., 1944, p. 51.

(49) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO Niceto, “Proceso, autocomposición y autodefensa”, 3 ed., México: UNAM, 1991, pp. 214-215.

(50) GARCÍA BELAUNDE Domingo, “Derecho Procesal Constitucional”, Bogotá: Temis, 2001, p. 6.

(51) FIX ZAMUDIO Héctor, “La aportación de Piero Calamandrei al Derecho Procesal Constitucional”, en Revista de la Facultad de Derecho de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1956, N° 24, pp. 192 y 195.

(52) ETO CRUZ Gerardo, “Un artífice del Derecho Procesal Constitucional: Hans Kelsen”, en COLEGIO DE SECRETARIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, A.C. Derecho Procesal Constitucional. México, Porrúa, 2002. Tomo I, 2 ed., (Coordinador: Eduardo Ferrer Mac-Gregor). p. 18.

particular —“su esencia es netamente procesal”⁽⁵³⁾, instrumental —como toda rama procesal respecto al derecho sustantivo— y, además, forma parte del derecho público.]

Sin embargo, algunos autores discrepan respecto a su naturaleza procesal. Así por ejemplo, el profesor alemán Peter Häberle sostiene que el Derecho Procesal Constitucional es un “Derecho Constitucional concretizado”⁽⁵⁴⁾; por su parte, Néstor Sagüés considera que se trata de una “disciplina mixta o híbrida”⁽⁵⁵⁾ pues comprende tanto al Derecho Constitucional como al Derecho Procesal.

En la actualidad la tesis que viene contando con mayor acogida es aquella que lo ubica dentro del Derecho Procesal. Y es que se trata de un derecho instrumental destinado a garantizar lo dispuesto por la Constitución. Como bien señala Almagro Nosete, “mientras que el Derecho Constitucional *fundamenta*, dado su carácter de primariedad respecto del desarrollo legislativo, todas las demás ramas jurídico-positivas; el Derecho Procesal *instrumenta* la efectividad judicial de todas las normas jurídicas, sea cual sea su naturaleza”⁽⁵⁶⁾.

La autonomía del Derecho Procesal Constitucional de ninguna manera significa que el Derecho Constitucional no influya en la regulación y funcionamiento de los procesos constitucionales, pues precisamente su aporte será el de inspirar el diseño y aplicación de procedimientos ágiles que garanticen la tutela de los derechos fundamentales y la salvaguarda del principio de supremacía constitucional. Y es que, como señala Monroy Palacios, la autonomía del Derecho Procesal respecto del derecho material no debe implicar una

(53) HITTERS Juan Carlos, “El Derecho Procesal Constitucional”, en COLEGIO DE SECRETARIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, A.C. Derecho Procesal Constitucional. México, Porrúa, 2002. Tomo I, 2 ed., (Coordinador: Eduardo Ferrer Mac-Gregor). p. 285.

(54) HÄBERLE Peter, “El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 1, 2004, México: Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, p. 19.

(55) SAGÜÉS Néstor, “Recurso extraordinario”, Buenos Aires: Depalma, Tomo I, 1984, p. 14.

(56) ALMAGRO NOSETE José, “Tres breves notas sobre Derecho Procesal Constitucional”, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1979, N° 3-4, pp. 683-684.

separación "radical entre ambas disciplinas que lleve al proceso a perder de vista su finalidad principal: la instrumentalidad respecto de la realización de los derechos materiales"⁽⁵⁷⁾.

3. Contenido y diferencias con el Derecho Constitucional Procesal

Un debate adicional suscitado en la doctrina se presenta respecto al contenido del Derecho Procesal Constitucional. Para Néstor Sagüés aquel "tiene dos contenidos básicos: los procesos constitucionales y la magistratura constitucional"⁽⁵⁸⁾. Esta última, añade, puede ser un Tribunal Constitucional u otra magistratura ya "sea judicial, legislativa o se inserte en otra parte del organigrama estatal"⁽⁵⁹⁾. Por su parte, Domingo García Belaunde considera que el contenido es triple: la jurisdicción constitucional donde se examinan los modelos existentes, los procesos constitucionales y los órganos constitucionales⁽⁶⁰⁾.

Si bien la acción, la jurisdicción y el proceso son tres "conceptos básicos"⁽⁶¹⁾ del Derecho Procesal en general, cuando nos referimos a su contenido el objeto de estudio será el proceso y las instituciones que lo resuelven ejerciendo jurisdicción. Ellas, por lo general serán el Poder Judicial, pero tratándose del Derecho Procesal Constitucional también el Tribunal Constitucional. En este sentido, señala Asencio Mellado, habrá que excluir las normas que pertenecen al Derecho Constitucional e incluir a las procesales que "regulan la organización judicial, es decir, aquellas de carácter orgánico y que se refieren a la clases de juzgados y tribunales, su creación, planta, estructura, órganos de gobierno y estatuto jurídico de jueces y magistrados y personal auxiliar y colaborador, así como las relativas a los presu-

(57) MONROY PALACIOS Juan José, "La tutela procesal de los derechos", Lima: Palestra Editores, 2004, p. 128.

(58) SAGÜÉS Néstor, Ob. Cit. p. 8.

(59) SAGÜÉS Néstor, Ob. Cit. p. 9.

(60) GARCÍA BELAUNDE Domingo, Ob. Cit., p. 12.

(61) MONTERO AROCA Juan, Ob. Cit., p. 15.

puestos de jurisdicción y competencia"⁽⁶²⁾. De modo similar, Alvarado Velloso precisa que el objeto de estudio del Derecho Procesal "no es solo el proceso, considerado en sí mismo, sino también los problemas que le son conexos"; agrega, que para que exista un proceso debe presentarse "imprescindiblemente una relación continua que enlace a tres personas: actor, juez y demandado"⁽⁶³⁾, los cuales también serán objeto de estudio de dicha disciplina⁽⁶⁴⁾.

A partir de las ideas expuestas, consideramos que el objeto de estudio del Derecho Procesal Constitucional son los procesos constitucionales y los órganos jurisdiccionales que los resuelven (Poder Judicial, Tribunal Constitucional o, de ser el caso, ambos). Así por ejemplo, señala Almagro Nosete que "cuando el objeto del proceso versa sobre Derecho Constitucional, el proceso es constitucional y la rama del Derecho Procesal que se ocupa de estos procesos se denomina Derecho Procesal Constitucional"⁽⁶⁵⁾. De ahí que compartamos la opinión según la cual el Derecho Procesal Constitucional tiene un contenido doble: por un lado, el estudio de los procesos constitucionales, y por el otro el análisis de los órganos jurisdiccionales –no políticos– que los resuelven.

Paralelamente a esta disciplina un sector de la doctrina –Héctor Fix Zamudio en América Latina y José Almagro Nosete en España⁽⁶⁶⁾– se ha referido al Derecho Constitucional Procesal, concebido como una disciplina distinta que estudia "las instituciones o categorías procesales establecidas por la Constitución"⁽⁶⁷⁾ al haberse

(62) ASENCIO MELLADO José María, "Introducción al Derecho Procesal", Valencia: Tirant lo blanch, 1997, p. 127.

(63) ALVARADO VELLOSO Adolfo, "Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera Parte", Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 46.

(64) No obstante, existen autores –como Couture– que circunscriben el contenido de una disciplina procesal particular al estudio del proceso. Para el citado autor el Derecho Procesal Civil "estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia del (...) proceso civil". COUTURE Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 3 ed., Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 3.

(65) ALMAGRO NOSETE José, Ob. cit. p. 684.

(66) ALMAGRO NOSETE José, Ob. cit., p. 684.

(67) FIX ZAMUDIO Héctor, "La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional", Libro homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Tomo II, 1993, p. 536.

constitucionalizado las "normas procesales, consideradas indispensables para el mantenimiento del imperio de la ley en las sociedades democráticas"⁽⁶⁸⁾.

Incluso, Fix Zamudio, afirma que el destacado procesalista uruguayo Eduardo Couture ha sido el fundador de esta nueva disciplina quien efectuó sus primeros aportes en su conocido trabajo "Las garantías constitucionales del proceso civil" a través del cual se propuso demostrar que el Código Procesal Civil es "el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución"⁽⁶⁹⁾. Para Fix Zamudio el contenido –provisional– del Derecho Constitucional Procesal comprendería "cuatro sectores esenciales que se concentran en las categorías de la jurisdicción, las garantías judiciales, las garantías de las partes, y finalmente, el debido proceso legal"⁽⁷⁰⁾.

Al respecto, compartimos la opinión de García Belaunde quien considera que no se trata de una nueva disciplina que cuente con autonomía⁽⁷¹⁾. De lo contrario, también serían disciplinas autónomas el Derecho Penal Constitucional, el Derecho Tributario Constitucional, el Derecho Laboral Constitucional o el Derecho Civil Constitucional, pues existen normas penales, tributarias, laborales y civiles que han sido constitucionalizadas. El hecho que paulatinamente vayan ingresando a la Constitución disposiciones que forman parte de otras disciplinas, no amerita hablar de una nueva rama del derecho sino tan solo reconocer que el marco de referencia de todo el ordenamiento jurídico en un Estado democrático es –y no puede ser de otra manera– la Constitución.

4. Fuentes del Derecho Procesal Constitucional

En términos generales podemos afirmar que las fuentes de esta disciplina son las mismas que las demás áreas del Derecho. Sin embargo, creemos que adquieren particular relevancia en la Constitu-

(68) ALMAGRO NOSETE José, Ob. cit. p. 684.

(69) COUTURE Eduardo J., "Las garantías constitucionales del proceso civil", en Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina, Buenos Aires: Ediar S.A., 1946, p. 153.

(70) FIX ZAMUDIO Héctor, "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso", en "Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos", México: Porrúa, 1988, pp. 470-471.

(71) GARCÍA BELAUNDE Domingo, "Derecho Procesal Constitucional", Bogotá: Temis, 2001, pp. 10-11.

ción, los tratados sobre derechos humanos que reconocen el derecho a un "recurso efectivo" contra las violaciones a los derechos humanos, la ley –particularmente, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional– y la jurisprudencia, especialmente del Tribunal Constitucional –a nivel interno– y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en el plano supranacional–. De ahí que resulte importante examinar cada una de las fuentes que existen en el ordenamiento jurídico nacional y la manera en que aportan al Derecho Procesal Constitucional.

4.1. Constitución

La Constitución es la norma jurídica suprema de nuestro ordenamiento y tiene por finalidad limitar el poder para garantizar los derechos de las personas. Ella, como señala Rubio Llorente, "es fuente del derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derechos y obligaciones y no solo fuente de las fuentes"⁽⁷²⁾.

Precisamente, la Constitución de 1993 regula siete procesos constitucionales a los cuales denomina "garantías", diseña la estructura y funciones del Poder Judicial atribuyéndole el control difuso (artículo 138), así como las que corresponden al Tribunal Constitucional.

Cabe agregar que la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución incorpora una cláusula –tomada de la Constitución española (artículo 10.2)– según la cual los derechos reconocidos por la Constitución "se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

El Tribunal Constitucional, en constante jurisprudencia (por ejemplo, el Exp. N° 0217-2002-HC/TC-Ica), ha ampliado los alcances de la citada norma al considerar que la "interpretación, conforme con los

(72) RUBIO LLORENTE Francisco, "La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)", Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 88.

tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región". Así también lo señala el artículo V del Código Procesal Constitucional. De esta manera, para interpretar los alcances de los derechos constitucionales —por ejemplo, el derecho a un "recurso efectivo"— no solo habrá que tomar en cuenta lo dispuesto por los tratados sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.2. Tratados

En esta materia adquieren particular relevancia los tratados sobre derechos humanos —que en nuestra opinión tienen jerarquía constitucional⁽⁷³⁾—, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece un organismo jurisdiccional de protección —la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, cuya jurisprudencia precisa y dota de contenido a los derechos que ella reconoce.

Los tratados no solo desarrollan los alcances de los derechos humanos, sino además reconocen el derecho a un "recurso efectivo" frente a las violaciones de tales derechos. Ello es particularmente relevante para el Derecho Procesal Constitucional y ha conducido a que algunos autores se refieran a un Derecho Procesal Constitucional Transnacional⁽⁷⁴⁾ y a un "amparo internacional"⁽⁷⁵⁾ o "amparo interamericano"⁽⁷⁶⁾.

(73) Ello se desprende de lo dispuesto por el artículo 3 de la Constitución cuando reconoce que también son derechos fundamentales los demás que emanan de la dignidad del ser humano y de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución cuando dispone que los derechos previstos en los tratados son fuente de interpretación de aquellos reconocidos por la Constitución.

(74) FERRER MAC-GREGOR Eduardo, Ob. cit., p. 52.

(75) GIMENO SENDRA Vicente y José GARBERT LLOBREGAT, "Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional), Madrid: Colex, 1994, 237.

(76) AYALA CORAO Carlos, "Del amparo constitucional al amparo interamericano como instrumento para la protección de los derechos humanos", Caracas/ San José: IIDH, Editorial Jurídica venezolana, 1998, p. 78.

En efecto, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 8), la Declaración Americana (artículo 25), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.3 y 9.4), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 7 y 25.1), reconocen a todas las personas el derecho a un "recurso efectivo" que las amparen contra los actos que lesionen sus derechos humanos. Precisamente, la Corte Interamericana en las Opiniones Consultivas OC-8/87, del 30 de enero de 1987, "El hábeas corpus bajo suspensión de garantías" y OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, "Garantías judiciales en estados de emergencia" ha señalado que el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce al proceso de hábeas corpus y el artículo 25.1 hace lo mismo con el amparo.

En consecuencia, los procesos de hábeas corpus y amparo cuentan con sustento supranacional y, por tanto, no pueden ser limitados ni restringidos a nivel interno. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en constante jurisprudencia, por ejemplo, en el caso César Tinieo Cabrera (Exp. 1230-2002-HC, sentencia del 20 de junio de 2002).

4.3. Legislación: el Código Procesal Constitucional

Evidentemente las leyes son una fuente del Derecho Procesal Constitucional. Hasta el 30 de noviembre de 2004 existía una legislación diversa y dispersa de los procesos constitucionales. Así por ejemplo, los procesos de hábeas corpus y amparo estaban regulados por la Ley 23506 (9 de diciembre de 1982) y la Ley 25398 (9 de febrero de 1992) que la complementa. Los procesos de hábeas data y acción de cumplimiento han sido desarrollados por la Ley 26301 (3 de mayo de 1994). La acción popular por la Ley 24968 (22 de diciembre de 1988) y, finalmente, la acción de inconstitucionalidad y el conflicto de competencias, así como la estructura y funciones del Tribunal Constitucional por su ley orgánica, Ley 26435 (10 de enero de 1995). Las citadas leyes cuentan con diversas modificaciones puntuales. Por ello, resultaba indispensable una reforma legal de todos los procesos constitucionales que no solo revise y unifique la dispersa legislación existente, sino que a la vez se nutra de la teoría general del proceso de indispensable aplicación en estos casos. Estos cambios normativos han sido incorporados en el Código Procesal Constitucional.

Algunos países cuentan con leyes especiales, tal como ocurre en Costa Rica con la Ley de Jurisdicción Constitucional, Ley N° 7135, del 19 de octubre de 1989; la Ley 8369 de la Provincia de Entre Ríos que como señala Sagüés “de hecho es un Código”⁽⁷⁷⁾ y la Provincia de Tucumán—ambas en Argentina—que aprobó su Código Procesal Constitucional el 9 de octubre de 1995 (Ley 6944). Asimismo, en Venezuela (1989) se propuso un Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional⁽⁷⁸⁾, en El Salvador (1995) se elaboró un Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional⁽⁷⁹⁾ y en Argentina existen propuestas a nivel nacional como el proyecto del diputado Jorge H. Gentile⁽⁸⁰⁾.

En el Perú, en 1994⁽⁸¹⁾, seis profesores de Derecho Constitucional, Procesal, Administrativo y Penal, a iniciativa de Juan Monroy y Domingo García Belaunde, se reunieron para elaborar un Anteproyecto de Código Procesal Constitucional, en el marco de la Carta vigente⁽⁸²⁾. Luego de culminarlo lo remitieron a un grupo de abogados, jueces, fiscales y profesores quienes formularon valiosos aportes. En octubre de 2003 el texto fue publicado y divulgado a la comunidad jurídica y académica⁽⁸³⁾.

Posteriormente, el 15 de diciembre de 2003, la propuesta fue acogida y presentada como proyecto de un grupo multipartidario de con-

gresistas (Proyecto de Ley N° 09371)⁽⁸⁴⁾. Dicho proyecto⁽⁸⁵⁾ contó con dictámenes favorables de la Comisión de Constitución y Reglamento, y de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, las cuales introdujeron contadas modificaciones. El 6 de mayo de 2004 fue aprobado por el Congreso por 72 votos a favor, ninguno en contra y una abstención, y el 28 del mismo mes fue promulgado por el Presidente de la República. De esta manera, el 31 de mayo se publicó la Ley 28237 que aprueba el primer Código Procesal Constitucional-peruano⁽⁸⁶⁾. Como consecuencia de su aprobación, se tuvo que dictar una nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que se circunscribe a regular la estructura y funciones de dicho órgano, excluyendo todas las disposiciones procesales con que contaba la ley anterior. Se trata de la Ley 28301, publicada el 23 de julio de 2004, que entrará en vigencia conjuntamente con el Código.

4.4. Jurisprudencia: el precedente constitucional vinculante

La jurisprudencia en materia procesal constitucional desempeña un rol creador fundamental. Recordemos que el proceso de amparo nació en Argentina sin que exista ley que lo regule en los famosos casos “Ángel Siri” (1957) y “Samuel Kot” (1958). Y es que la interpretación de la Constitución efectuada por el Poder Judicial o un Tribunal Constitucional tiene especial relevancia debido a “la mayor presencia de principios generales, de valores susceptibles de distinta

(77) SAGÜÉS Néstor, “La codificación del Derecho Procesal Constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR Eduardo (Coordinador), “Derecho Procesal Constitucional”, México: Pomia, 2002, Tomo I, p. 291.

(78) AYALA CORAO Carlos, “Bases para la elaboración de un Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional”, Revista de Derecho Público, Caracas: Editorial Jurídica venezolana, N° 39, 1989, pp. 3 y ss.

(79) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, “Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional (Material de Consulta – 2 edición)”, El Salvador, 1995, pp. 1-73.

(80) SAGÜÉS Néstor, Ob. cit., p. 291.

(81) GARCÍA BELAUNDE Domingo, “El nuevo Código Procesal Constitucional”, Expreso, Lima, 8 de agosto de 2004.

(82) Cfr. AA.VV., “Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico”, Lima: Palestra Editores, 2004.

(83) El grupo de trabajo estuvo integrado por los profesores Domingo García Belaunde, Francisco Eguiguren, Juan Monroy, Arsenio Ort, Jorge Danós y Samuel Abad. Cfr. “Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y legislación vigente”, Lima: Palestra Editores, 2003.

(84) Con anterioridad se habían presentado varios proyectos de ley por parte de diversos congresistas y del propio Poder Ejecutivo que proponían reformas puntuales a los procesos constitucionales. Nos referimos a los proyectos de ley 3346, 3389, 3394, 3405, 3427, 3433, 3459, 3530, 3545, 3594, 3647, 3680, 3697, 3702, 3957, 3982, 4124, 4125, 4238, 4288, 4568, 4570, 5011, 5198, 5622, 5623, 5663, 5926, 6004, 6428, 6440, 6469, 7260, 7370, 7554, 7859, 8317, 8598, 9211 y 10178 que fueron agrupados y sustituidos por el Proyecto de Código Procesal Constitucional.

(85) Se trata del Proyecto de Ley presentado por los congresistas Chamorro Balvín Alcides, Alejos Calderón Walter, Almeri Veramendi Carlos, Amprimio Pla Natale, De la Mata Fernández Judith, Del Castillo Gálvez Jorge, Delgado Núñez Del Arco José, Ferrero Costa Carlos, Flores-Ardoz Esparza Antero, Lescano Ancieta Yonhy, Martínez González Michel, Saavedra Mesones Cruz Gerardo, Salihuana Cavides Eduardo, Santa María Calderón Luis.

(86) Una fe de erratas al artículo 56 del Código se publicó en el diario oficial el 5 de junio de 2004, sustituyendo la palabra “interpondrán” por la de “impondrán” costas y costos.

interpretación y especificación, de cláusulas generales y de preceptos indeterminados, cuyos significados solo pueden determinarse en cada caso y en cada momento a través de las concretizaciones resultantes de la interpretación⁽⁸⁷⁾.

Esta "concretización" supone "una auténtica creación de un sistema de normas subconstitucionales"⁽⁸⁸⁾, que ha permitido sostener "que en todos los sistemas con Jurisdicción Constitucional el intérprete judicial crea y formula normas derivadas de la Constitución, bien expresa, bien implícitamente"⁽⁸⁹⁾. Además, en los ordenamientos que cuentan con un Tribunal Constitucional se les atribuye el carácter de intérprete supremo de la Constitución. Es decir, si bien carecen del monopolio interpretativo del texto constitucional, dado su carácter "supremo" la interpretación que efectúen se impone con carácter vinculante a todos los órganos judiciales y poderes públicos.

Asimismo, en la experiencia comparada se han desarrollado las denominadas "sentencias interpretativas". A ello ha conducido la aplicación de ciertos principios, en especial, el de la conservación de la norma (supone una presunción de constitucionalidad a su favor por proceder de un poder público) y la interpretación conforme a la Constitución (obliga al intérprete a buscar siempre que sea posible el sentido de la ley conforme a la Constitución), así como el deseo de excluir las lagunas del ordenamiento jurídico. Tales sentencias, partiendo de la distinción entre "disposición" y "norma"⁽⁹⁰⁾, establecen el significado constitucional de un precepto determinado. Ellas son de común aplicación en países europeos y gozan de efectos vinculantes. Aquí se aprecia un claro deslinde con el modelo kelseniano, pues el Tribunal Constitucional no se limita a actuar como un legislador negativo anulando una ley, sino que opera como una especie de legislador positivo pues precisa –de modo vinculante– el contenido de la

norma examinada. Este tipo de sentencias han sido dictadas por el Tribunal Constitucional peruano sin que exista una norma en su ley orgánica que las contemple.

Ello realza la función creadora de los jueces y revitaliza el valor de la jurisprudencia constitucional que se convierte en fuente de derecho. Por lo demás, en el Perú existen diversas normas que le reconocen eficacia vinculante. Así, tratándose de los procesos de hábeas corpus y amparo, podemos citar el artículo 9 de la Ley 23506⁽⁹¹⁾ y el artículo 8 de la Ley 25398⁽⁹²⁾. Además, el artículo 42 de la Ley 23506, modificado por la Ley 27959, publicada el 8 de mayo de 2003, dispone que las resoluciones finales recaídas en los procesos de hábeas corpus y amparo que hayan quedado "consentidas y ejecutoriadas" serán publicadas en la página web del diario oficial El Peruano⁽⁹³⁾ o del Tribunal Constitucional⁽⁹⁴⁾ si este las expidió. Aquellas que a criterio del Tribunal Constitucional tengan relevancia jurisprudencial serán publicadas, además, en forma obligatoria en el diario oficial El Peruano.

A ello se agrega, la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 26435, según la cual las sentencias del Tribunal "en todo tipo de procesos" vinculan a los jueces. En efecto, la citada norma dispone que los jueces interpretarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, de acuerdo a la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. A su vez, el artículo 55 de la LOTC señala que "cuando el Tribunal decida apartarse de la jurisprudencia constitucional precedente sentada por él, la resolución se adopta por no menos de seis votos conformes". Y, el artículo 39 de la citada ley indica que "los jueces deben aplicar una

(87) GARCÍA PELAYO Manuel, "El status del Tribunal Constitucional". Revista española de Derecho Constitucional, N° 1, 1981, p. 33.

(88) ALONSO GARCÍA Enrique, "La interpretación de la Constitución", Madrid: CEC, 1984, p. 2.

(89) ALONSO GARCÍA Enrique, ob. cit. p. 4.

(90) DÍAZ REVORIO F. Javier, "Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional", Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, pp. 35 y ss. El citado libro ha sido publicado en el Perú con el título "La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional". Lima: Palestra Editores, 2003.

(91) El citado artículo dispone que "Las resoluciones de hábeas corpus y amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustentan la nueva resolución".

(92) La norma señalada indica "La facultad que tienen los jueces de apartarse de la jurisprudencia obligatoria al fallar nuevos casos en materia de acciones de garantía que establece el artículo 9 de la Ley, los obliga necesaria e inexcusablemente a fundamentar las razones de hecho y de derecho que sustentan su pronunciamiento, bajo responsabilidad".

(93) La dirección electrónica del citado diario es: www.elperuano.com.pe

(94) La jurisprudencia puede consultarse en: www.tc.gob.pe

norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal". De esta manera, si el Tribunal desestimó una demanda de inconstitucionalidad, el juez al resolver la eventual demanda de amparo interpuesta contra la norma cuestionada o el acto de aplicación de la misma, deberá seguir el criterio fijado por dicho órgano de control. Igualmente, el juez debe seguir la doctrina adoptada por el Tribunal Constitucional al resolver un conflicto de competencias.

Por su parte, el Código Procesal Constitucional (artículo VI) ratifica el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre lo que resuelva el Poder Judicial al señalar que "los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad (...)". Dicho dispositivo agrega que "los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional". Se mantienen así dos disposiciones que ya existían en la Ley 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La novedad más importante la aporta el artículo VII que regula el precedente constitucional vinculante al indicar que "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente".

Esta disposición pretende establecer un mayor orden y seguridad para definir cuándo una decisión del Tribunal Constitucional se convierte en precedente de observancia obligatoria. De acuerdo con ella para que una sentencia constituya precedente el Tribunal deberá indicarlo en forma expresa y precisa. Tal dispositivo permitirá que el propio Tribunal sistematice sus precedentes a partir de los casos en los cuales haya decidido que estos deben existir. De esta manera, se

facilita su identificación y consecuente aplicación por parte de los justiciables, tal como ocurre en otros ordenamientos.

Cabe recordar que la noción de precedente vinculante proviene del derecho anglosajón y ha contado con un destacado desarrollo en el sistema judicial norteamericano, a tal punto que se afirma que "la doctrina del precedente es el vehículo para penetrar en la lógica interna del sistema jurídico norteamericano y en el estudio del derecho desde una óptica dinámica"⁽⁹⁵⁾. Es decir, se trata de una institución nacida en un sistema jurídico que concibe al derecho como un derecho en movimiento, que es creado y adaptado por los jueces y donde los precedentes "configuran derecho nuevo, completan y adicionan el ordenamiento jurídico, y no solo determinan los criterios de aplicación de las normas preexistentes"⁽⁹⁶⁾.

Finalmente, la nueva LOTC señala con claridad en su primer artículo que el Tribunal Constitucional es el "órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad"⁽⁹⁷⁾; en consecuencia, su criterio interpretativo vincula a los jueces.

4.5. Doctrina

Suele ocurrir que en diversas sentencias tanto del Poder Judicial como, especialmente, del Tribunal Constitucional se cite doctrina nacional o extranjera para fundamentar la decisión adoptada. Si bien esto no significa que la doctrina tenga efecto vinculante, sí resulta relevante reconocer su valor persuasivo para orientar una determinada decisión jurisdiccional. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional

(95) MAGALONI KERPEL Ana Laura, "El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano", Madrid: Mc Graw Hill, 2001, p. 26.

(96) MAGALONI KERPEL Ana Laura, Ob. cit., p. 25.

(97) La referida ley reitera dos disposiciones previstas en el artículo VI del Código Procesal Constitucional y que resultaba innecesario repetir. En efecto, la primera disposición final de la LOTC señala que "Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad". Y, la segunda disposición final indica que "Los Jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional".

en la sentencia recaída en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos contra los decretos leyes sobre terrorismo y traición a la patria (Exp. N° 010-2002-AI/TC-Lima), acudió a la doctrina para desarrollar e innovar los tipos de sentencias que podía dictar.

“28. Aun cuando en ‘cada país y casi cada autor, tienden a elaborar tipologías diferentes’ de sentencias (E. Aja y M. Gonzales, “Conclusiones generales”, en “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual”, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 275), tradicionalmente, según se acoja o rechace el petitorio de la demanda, las sentencias del Tribunal Constitucional pueden clasificarse en sentencias “estimatorias” o “desestimatorias”; sin embargo, el dinámico contexto social de nuestro país ha obligado a este Colegiado, como a su turno lo hicieron otros tribunales análogos al nuestro (como los de Italia, España y Alemania), a dictar resoluciones que en cierta medida se apartan de esta distinción clásica, innovando de ese modo la tipología de sus sentencias”.

Lo propio hizo el Tribunal Constitucional cuando en la sentencia recaída en el proceso de amparo interpuesto por Taj Mahal Discoteque contra la Municipalidad Provincial de Huancayo (Exp. 3283-2003-AA/TC) acudió a la doctrina para definir cuando existe vía paralela. Así sostuvo que “Germán Bidart Campos (“Régimen legal y jurisprudencial del amparo”, Buenos Aires, Ediar, 1968, págs. 186-187), afirma que la vía paralela es todo aquel medio de defensa del que dispone el supuesto afectado con la violación de un derecho constitucional para articular ante una autoridad competente una pretensión jurídica al margen de la acción de amparo”. En definitiva, podemos apreciar que en el Perú la doctrina se ha convertido en una fuente recogida por nuestros tribunales para fundamentar de mejor manera sus decisiones.

IV. CONTENIDO. PROCESOS Y ÓRGANOS CONSTITUCIONALES

1. El proceso constitucional

1.1. Concepto

Entendemos por proceso constitucional, siguiendo al profesor argentino Néstor Sagüés⁽⁹⁸⁾, a aquel proceso encargado de velar –en forma inmediata y directa– por el respeto del principio de supremacía constitucional o por la salvaguarda de los derechos constitucionales, y cuyo conocimiento puede corresponder a un Tribunal Constitucional, al Poder Judicial o a ambos.

En consecuencia, no compartimos la opinión de Jesús González Pérez, para quién “será proceso constitucional aquel que conoce el Tribunal Constitucional”⁽⁹⁹⁾, pues no toma en cuenta que existen verdaderos procesos constitucionales que se tramitan ante el Poder Judicial. Tal afirmación es muy limitada pues solo resultaría aplicable en países que cuentan con Tribunales Constitucionales.

Esta denominación fue acogida por el Informe elaborado por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional designada en el 2001 durante el gobierno del Dr. Valentín Paniagua y en el proyecto de ley de reforma constitucional de 2003 aprobado por la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República. Hace lo mismo el Código Procesal Constitucional, cuyo artículo II señala que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

1.2. Clases

En el derecho comparado podemos distinguir varias clases de procesos constitucionales que cuentan con características y efectos distintos.

(98) SAGÜÉS Néstor, Op. cit. p. 8.

(99) GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, “Derecho Procesal Constitucional”, Madrid: Civitas, 1980, p. 41.

- a) En primer lugar, aquellos destinados a la tutela de los derechos fundamentales, como sucede con los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data;
- b) En segundo lugar, los procesos de control normativo, ya sean de tipo preventivo —es decir, frente a proyectos de ley o de tratados, como ocurre en España y Colombia—, o reparador, tal como sucede tratándose de la denominada acción de inconstitucionalidad y acción popular;
- c) En tercer lugar, aquellos procesos que permiten la solución de un conflicto de competencias —ya sea positivo o negativo— entre dos o más órganos constitucionales o entidades descentralizadas respecto a sus atribuciones previstas constitucionalmente;
- d) Finalmente, existe un conjunto heterogéneo de procesos que en algunos países se incorporan como competencias de los Tribunales Constitucionales. A manera de ejemplo, podemos señalar los contenciosos electorales, en Austria, Alemania y Francia, aunque con distintas modalidades⁽¹⁰⁰⁾. En Alemania existe un proceso para la declaración de inconstitucionalidad de los partidos políticos; en España durante la II República se estableció que el Tribunal de Garantías Constitucionales conocería de los delitos cometidos por los altos funcionarios del Estado; en Portugal, cuya Constitución fue reformada en 1982⁽¹⁰¹⁾, se ha regulado el control de constitucionalidad por omisión, entre otros procesos.

En el Perú contamos con siete procesos constitucionales, tres destinados a la tutela de los derechos constitucionales (hábeas corpus,

(100) FAVOREU Louis, "Los contenciosos constitucionales: aproximación teórica comparada", en COLEGIO DE SECRETARIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, A.C., "Derecho Procesal Constitucional". México, Porrúa, 2002. Tomo I, 2 ed., (Coordinador: Eduardo Ferrer Mac-Gregor). p. 66.

(101) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ José Julio, "La inconstitucionalidad por omisión", Madrid: Civitas, 1998, p. 253.

hábeas data y amparo), dos de control normativo (acción popular y de inconstitucionalidad), el conflicto de competencias y la denominada acción de cumplimiento. Esta última a nuestro entender solo puede calificarse como proceso constitucional porque se encuentra en la Constitución, pues su finalidad no es la de proteger derechos ni velar por el principio de supremacía constitucional⁽¹⁰²⁾. Por ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que la acción de cumplimiento es un "proceso constitucionalizado" y no es "en estricto un proceso constitucional" (Caso "Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social c/ Instituto Peruano de Seguridad Social —ESSALUD—, Exp. N° 0191-2003-AC-TC).

El control difuso, previsto por el artículo 138 de la Constitución, no es un proceso constitucional autónomo sino una atribución que corresponde a todos los jueces que les permite, en cualquier tipo de proceso, preferir en un caso concreto la norma constitucional sobre la de inferior jerarquía. Esta atribución, también puede ejercerse en los procesos constitucionales.

2. Principios de los procesos constitucionales

Los principios de los procesos, como señala Montero Aroca, son las "ideas base de determinados conjuntos de normas", que constituyen un "elemento auxiliar de la interpretación" y un "elemento integrador de la analogía"⁽¹⁰³⁾. En efecto, su primera misión, señala gráficamente Peyrano, es "servir de faro para que el intérprete (...), no equivoque el camino y olvide que toda solución procedimental propuesta debe armonizar con ellas, so pena de introducir la incoherencia"⁽¹⁰⁴⁾.

(102) De ahí que tampoco compartamos la opinión de quien considera que el proceso contencioso administrativo previsto en el artículo 148 de la Constitución es un proceso constitucional, el cual por lo demás no está ubicado en el título V de la Carta de 1993 sobre garantías constitucionales (QUIROGA LEÓN Aníbal, "El Derecho Procesal Constitucional peruano", en COLEGIO DE SECRETARIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, A.C., "Derecho Procesal Constitucional". México, Porrúa, 2002. Tomo III, 2 ed., p. 2318). Y es que lo determinante no solo es que un proceso se encuentre constitucionalizado sino además que tenga por finalidad salvaguardar los derechos fundamentales y velar por la supremacía constitucional.

(103) MONTERO AROCA Juan, "Derecho Jurisdiccional", Tomo I, Barcelona: Bosch, 1991, p. 490.

(104) PEYRANO Jorge W., "El proceso civil. Principios y fundamentos", Buenos Aires: Astrea, 1978, p. 49.

La doctrina procesal distingue los principios del proceso de los principios del procedimiento. Los primeros, aclara Monroy Gálvez, “son aquellos indispensables para la existencia de un proceso”; en cambio, los segundos “identifican la presencia de un determinado sistema procesal”⁽¹⁰⁵⁾. Tales principios no solo cuentan con un carácter técnico sino también se ven influenciados por “postulados políticos, económicos o sociales”⁽¹⁰⁶⁾.

Cuando nos referimos a los procesos constitucionales es preciso distinguir los principios que los identifican y marcan su diferencia con los restantes procesos existentes. En el Perú este debate no ha sido muy desarrollado y requiere, sin duda, de análisis más profundos. A nuestro juicio, los procesos constitucionales cuentan con algunas características procesales particulares derivadas de su finalidad de velar por el respeto de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional. En esta dirección, creemos que los principios del procedimiento que los identifican son aquellos que orientan un sistema *publicístico* y no uno *privatístico* ⁽¹⁰⁷⁾. Esta idea de “publicización” del proceso, como la denomina Cappelletti, hace que el juez cuente con “ciertos poderes de dirección y de control del proceso mismo”⁽¹⁰⁸⁾.

La legislación vigente hasta noviembre de 2004 no había hecho mención expresa al tema. Sin embargo, a lo largo de ella pueden apreciarse algunas manifestaciones de los principios que los orientan, como ocurre –tratándose de los procesos de tutela de derechos humanos– cuando el artículo 8 de la Ley 23506 regula la denominada “suplencia de la queja” como una facultad judicial que privilegia la tutela del derecho sobre las formas, o cuando se establece un procedimiento para el hábeas corpus que –en teoría– resulta muy breve, pues para la defensa de la libertad individual se requiere de una particular celeridad procesal.

(105) MONROY GÁLVEZ Juan, Ob. cit. p. 81.

(106) ASECIO MELLADO José María, Ob. cit., p. 198.

(107) MONROY GÁLVEZ Juan, Ob. cit. p. 92.

(108) CAPPELLETTI Mauro, “El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas”, Serie: Breviarios de Derecho, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 60.

El Código Procesal Constitucional incluye un dispositivo (artículo III) que precisa los principios del procedimiento que caracterizan a los procesos constitucionales, al señalar que “se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, intermediación y socialización procesales”. Agrega que “el Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código” y que ellos “deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”. Asimismo, indica que si “se presenta” una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación”.

Como puede apreciarse, los citados principios tratan de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional por encima de las formalidades procesales. Y es que en los procesos constitucionales “los jueces tienen (...) el deber de controlar la actuación de las partes, a fin de conseguir que en los plazos propuestos se dé la respuesta jurisdiccional más idónea, atendiendo a que el derecho discutido no permite respiro ni sosiego (...)”⁽¹⁰⁹⁾.

En este sentido cabe resaltar el principio de dirección judicial del proceso que, en palabras de Alcalá-Zamora y Castillo, brinda una solución intermedia entre “el juez-espectador” y el “juez-dictador”, a través de la figura del “juez-director del proceso”⁽¹¹⁰⁾. De esta manera, como explica Ariano, el juez, se convierte en “un sujeto activo tanto en el aspecto formal del proceso como en relación a su sustancia”⁽¹¹¹⁾, es decir, en un protagonista del mismo. Asimismo, el principio de socialización adquiere especial relevancia en los procesos constitucionales, pues en ellos la parte afectada se enfrenta al poder, sea

(109) AA.VV. “Código Procesal Constitucional. Comentarios. Exposición de motivos, dictámenes e índice analítico”, Lima: Palestra, 2004, p. 32.

(110) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO Niceto, “Cuestiones de Terminología Procesal”, México Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1972, p. 205.

(111) ARIANO DEHO Eugenia, “Apuntes sobre el Título Preliminar del Código Procesal Civil”, en Cátedra, Revista de los Estudiantes de Derecho de la UNMSM, N° 3, 1998, pp. 9-10.

público o privado, y requiere ser tratada de tal forma que el desequilibrio existente sea superado por una actuación judicial que promueva una igualdad sustancial o material que garantice una solución justa⁽¹¹²⁾. Además, el principio de gratuidad facilita el acceso a la justicia de quienes consideran afectados sus derechos o los principios constitucionales. De ahí, por ejemplo, que el Código haya establecido que en los procesos constitucionales no se exige el pago de tasas judiciales (quinta disposición final)⁽¹¹³⁾.

3. La sentencia constitucional

La sentencia, como señala Fairén Guillén, es una resolución jurisdiccional que pone fin al proceso, o a un estadio del mismo (instancia o casación)⁽¹¹⁴⁾. El Juez al momento de dictarla debe efectuar un doble análisis de la pretensión. En primer lugar, examinar si cumple con los requisitos de procedibilidad que le exige el ordenamiento procesal (juicio de procedibilidad); y en segundo lugar, en caso de superarlo, declarará que la pretensión es fundada o infundada (juicio de mérito)⁽¹¹⁵⁾. De acuerdo con ello, la sentencia podrá declarar improcedente, infundada (sentencia desestimatoria) o fundada la demanda (sentencia estimatoria).

3.1. Tipologías de sentencias

Cuando la sentencia recae en los procesos constitucionales se suele hablar de tipos de sentencias. Este debate se ha planteado, por lo general, tratándose de los procesos de control normativo, pues la expulsión de la norma impugnada del ordenamiento jurídico puede

(112) MONROY GÁLVEZ Juan, Ob. cit., p. 101.

(113) En la actualidad, el artículo 11 de la Resolución Administrativa N° 006-2004-CEPJ, publicada el 28 de enero de 2004, expedida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial exonera a los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento y popular del pago de tasas judiciales. En años anteriores se exigía el pago, salvo en el proceso de hábeas corpus, lo que limitaba el acceso a la justicia y, además, se aplicaba en forma distinta por los diversos distritos judiciales del país, tal como lo verificó la Defensoría del Pueblo. Cfr. "El costo de defender los derechos humanos: las tasas judiciales", en Debate Defensorial, Revista de la Defensoría del Pueblo, N° 2, 1999-2000, pp. 283 y ss.

(114) FAIRÉN GUILLÉN Víctor, Ob. cit. p. 355.

(115) PEYRANO Jorge, "El juicio de procedibilidad", Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, Universidad Católica Argentina, 1981, N° III, p. 301.

generar vacíos y desórdenes que es imprescindible afrontar y evitar. Y es que la tesis original de Kelsen fue señalar que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad carecían de efectos retroactivos, basándose en la defensa del principio de seguridad jurídica. Así señalaba que "el ideal de la seguridad jurídica exige que, en general, no se atribuya efecto alguno a la anulación de una norma general irregular más que pro futuro, es decir, a partir de la anulación"⁽¹¹⁶⁾. Sin embargo, otros ordenamientos, como por ejemplo el alemán, optaron por una posición contraria.

Ante los problemas que una y otra opción podrían generar, algunos plantearon que debería ser el propio Tribunal quien determine los efectos de sus sentencias, como ha ocurrido por ejemplo con la experiencia colombiana⁽¹¹⁷⁾. El temor a los problemas que podrían producirse —incluso económicos si, por ejemplo, hubiera que devolver una importante suma de dinero ante la declaratoria de inconstitucionalidad de un impuesto— llevaron a que los Tribunales Constitucionales vayan innovando los efectos de sus sentencias, dejando de ser "legisladores negativos" —como lo proponía Kelsen pues se limitaban a expulsar una norma del ordenamiento jurídico⁽¹¹⁸⁾— y convirtiéndose en verdaderos "legisladores positivos".

No existe una tipología uniforme de sentencias de inconstitucionalidad. Un interesante estudio comparativo sobre la actuación de los principales Tribunales Constitucionales europeos (alemán, italiano, francés, portugués, español, austriaco) propone diferenciar tres grandes tipos:

- 1 "Las decisiones simples, que se limitan a declarar la constitucionalidad o no de la ley, y en este caso, su consiguiente expulsión del ordenamiento. En segundo lugar,

(116) KELSEN Hans, "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución", Traducción de Rolando Tamayo y Salmerán, Anuario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas, N° 1, UNAM, México, p. 487.

(117) Esto ocurrió en la sentencia C-37 del 5 de febrero de 1996 cuando la Corte examinó la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuyo capítulo IV regulaba la Jurisdicción Constitucional. En tal ocasión, consideró que "solo la Corte Constitucional puede definir los efectos de sus sentencias".

(118) KELSEN Hans, Ob. cit. p. 492.

- 2 las sentencias que resuelven la inconstitucionalidad con la incorporación a la ley de algún elemento normativo, realizada directamente por el Tribunal Constitucional. Y en tercer lugar, las decisiones que no solucionan inmediatamente la invalidez de la ley y llaman a la colaboración del legislador, y por ello suponen la resolución de la inconstitucionalidad por el conjunto de dos decisiones⁽¹¹⁹⁾.

En el Perú esta clase de sentencias han sido dictadas por el Tribunal Constitucional en procesos de control de normas, tal como ocurrió en el proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra los decretos leyes sobre terrorismo y traición a la patria (Exp. N° 010-2002-ITC, publicado en "Normas Legales", El Peruano, 4 de enero de 2003). Ello se explicaba pues la eliminación de las normas que regulaban el delito de terrorismo hubiera producido un vacío legislativo en materia penal. Y es que si hubieran declarado inconstitucionales todos los decretos leyes sobre terrorismo y traición a la patria expulsándolos del ordenamiento jurídico no hubiera existido norma especial que regule el delito de terrorismo y que pueda aplicarse a los nuevos procesos judiciales que se vienen llevando a cabo para revisar las condenas impuestas en base a normas inconstitucionales.

De ahí que se haya optado por dictar una sentencia distinta que permita una mayor flexibilidad y que requiera la intervención del Congreso, así como del Ministerio Público y del Poder Judicial. En efecto, el Tribunal partiendo de la distinción entre "disposición" y "norma", innovó los tipos de sentencia que antes había dictado, explicando sus alcances y justificando su decisión del modo siguiente:

"29. (...) sentencias denominadas interpretativas. Mediante tales sentencias, los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. (...)

(119) AJA Eliseo y Markus GONZÁLEZ BEILFUSS, "Conclusiones generales", en AJA Eliseo (coordinador) "Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual", Barcelona: Ariel Derecho, 1998, p. 275.

30. (...) mediante las sentencias denominadas aditivas, se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo ("en la parte en la que no prevé que (...)") que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino solo de la omisión, de manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido.

31. (...) las sentencias sustitutivas se caracterizan por el hecho de que con ellas el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. En ese caso, la decisión sustitutiva se compone de dos partes diferentes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la "reconstruye", a través de la cual el Tribunal Constitucional procede a dotar, a la misma disposición, de un contenido diferente, de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados. (...).

32. (...) también existen las sentencias exhortativas, que son aquellas en virtud de las cuales, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, sin embargo, el Tribunal Constitucional solo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado (y no sancionado)".

Esta sentencia, como señala César San Martín, contribuyó también para "modular" los alcances del principio de legalidad penal,

pues aquel debe tomar en cuenta no solo lo dispuesto por la ley sino además lo expuesto por el Tribunal Constitucional⁽¹²⁰⁾.

En los procesos de tutela de derechos también se cuenta con este tipo de sentencias que no se limitan a vincular a las partes del proceso. Así por ejemplo el Tribunal Constitucional, en el caso Carlos Israel Ramos Colque (Exp. N° 2050-2002-AA/TC, publicado el 30 de mayo de 2003, *El Peruano –Garantías Constitucionales–*, pp. 6279-6286) declaró fundada la demanda de amparo y, además, dictó un tipo especial de sentencia reconociendo, implícitamente, que dicho proceso no solo tiene una dimensión subjetiva –que solo comprende a las partes– sino también una dimensión objetiva, es decir, “en cuanto es un mecanismo de interpretación de la Constitución”⁽¹²¹⁾.

En el referido caso, el Tribunal expidió por primera vez una sentencia exhortativa en un proceso de amparo al detectar que las normas aplicadas no respetaban lo dispuesto por la Constitución. Por ello, en su parte resolutive “Exhorta, de conformidad con el Fundamento Jurídico N° 21 de esta sentencia, a los poderes Legislativo y Ejecutivo para que, en un plazo razonable, adecúen las normas del Decreto Legislativo N° 745 y el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú a los principios y derechos constitucionales”.

Este tipo de sentencia, también se utilizó en el caso Valentín Chalco Huamán y otros (Exp. N° 921-2003-AA/TC), resuelto por el Tribunal Constitucional el 12 de agosto de 2003 y en la sentencia del 19 de abril de 2004 (Exp. N° 0442-2003-AA/TC, Caso Enrique Villarán Cordero y otra, F.J. N° 17). En esta última ocasión exhortó “al Poder Judicial para que las causas que han merecido atención estimatoria en este Tribunal por la violación de garantías al debido proceso, tengan una atención inmediata, (...)”.

(120) SAN MARTÍN César, “Jurisdicción constitucional y justicia penal. Problemas y perspectivas”, *Derecho PUC*, N° 57, 2004, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(121) PÉREZ TREMPES Pablo, en REQUEJO PAGÉS Juan Luis (Coordinador), “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, Madrid: Tribunal Constitucional – Boletín Oficial del Estado, 2001, pp. 654-655.

El problema que plantean esta modalidad de sentencias, es determinar qué ocurre si la exhortación no es acatada y en qué medida ello afecta la legitimidad del Tribunal Constitucional que es el intérprete supremo de la Constitución. Aún nos parece apresurado hacer un balance al respecto, pero si debemos indicar que consideramos que este tipo de sentencias deben ser utilizadas en casos excepcionales y cuando realmente sea indispensable.

3.2. Efectos supraindividuales de sentencias en procesos de tutela de derechos

El Tribunal Constitucional, en el proceso de hábeas data interpuesto por Julia Eleyza Arellano Serquén (Exp. N° 2579-2003-HD/TC-Lambayeque, sentencia del 6 de abril de 2004), acogió por vez primera la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional colombiana sobre el estado de cosas inconstitucional. Con ello extendió los alcances de su sentencia pues la situación examinada evidenciaba una vulneración de derechos fundamentales que involucraba a un número mayor de personas. En efecto, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia de Unificación N° 559/1997 desarrolló esta doctrina para resolver las demandas de tutela interpuestas por diversos docentes contra los alcaldes municipales de María la Baja y Zambrano (Bolívar), respectivamente, para que sean afiliados a una Caja o Fondo de Prestación Social. Los demandantes afirmaban que no recibían las respectivas prestaciones sociales de salud, pese a que se les descontaba el 5% de su salario como aporte al pago de tales prestaciones.

La Corte colombiana consideró que “se trata de un problema general que afecta a un número significativo de docentes en el país” (F.J. N° 30) y que ante esta situación debía “emitir una orden a las autoridades públicas competentes, con el objeto de que a la mayor brevedad adopten las medidas conducentes a fin de eliminar los factores que inciden en generar un estado de cosas que resulta abiertamente inconstitucional” (F.J. N° 31). La Corte expuso nuevamente esta doctrina en la Sentencia T-153/98, al resolver las demandas de

tutela presentadas por diversos presos que cuestionaban el hacinamiento en el que se encontraban los establecimientos penitenciarios. Consideró que el sistema penitenciario colombiano se encontraba en un estado de cosas inconstitucional y por ello dispuso que las entidades públicas a las cuales señalaba adopten las medidas necesarias que contribuyan a solucionar dicha situación (F.J. N° 51).

Nuestro Tribunal Constitucional acogió estos criterios en el citado caso Arellano Serquén, pues declaró fundada la demanda y consideró que la decisión del Consejo Nacional de la Magistratura de no entregar la información solicitada por los magistrados no ratificados podía ser considerada como un estado de cosas inconstitucional. Asimismo, en el punto resolutivo cuarto dispuso se remita la sentencia “a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, a fin de que en un plazo de 90 días hábiles a partir de la notificación de esta, adopten las medidas necesarias y adecuadas a fin de corregir, dentro de los parámetros constitucionales, las solicitudes de entrega de información sobre el proceso de ratificación judicial”. Y en el punto quinto advirtió a los miembros del Consejo “que eviten volver a incurrir en las acciones u omisiones ilegítimas que originaron el presente proceso, de conformidad con lo expuesto en el Fundamento Jurídico N° 21”.

De esta manera, el Tribunal extendió los efectos de su decisión a personas que no habían sido parte del proceso. Se trató de una especie de “amparo colectivo”. Dicho proceso aparece en la Constitución brasileña de 1988 que introdujo el “mandato de seguridad colectivo” (artículo 5, LXX) y luego se incorpora en Argentina con la reforma constitucional de 1994 (artículo 43, segundo párrafo). Como señala la doctrina aquel “protege derechos difusos, colectivos y derechos individuales homogéneos a través de un procedimiento colectivo. La sentencia produce cosa juzgada *erga omnes*, beneficiando a todas las personas que estén en la misma situación (miembros del grupo)”⁽¹²²⁾.

(122) GIDI Antonio, “Acciones de grupo y amparo colectivo en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en FERRER MAC-GREGOR Eduardo (Coordinador), “Derecho Procesal Constitucional”, Tomo II, México: Porrúa, 2002, pp. 2023-2024.

Finalmente, la doctrina viene proponiendo reconocer efectos generales a las sentencias de amparo contra normas. En opinión de Héctor Fix Zamudio ello contribuiría al respeto, al principio de igualdad y a la economía procesal⁽¹²³⁾.

4. Órganos jurisdiccionales encargados de resolver los procesos constitucionales

En la doctrina ha existido un importante debate en torno a quien debe ser el garante o el defensor de la Constitución y, en consecuencia, resolver los procesos constitucionales. Como señala Pablo Pérez Tremps se han presentado posturas “judicialistas” que han propuesto que el encargado de hacerlo sean los órganos jurisdiccionales y posturas “antijudicialistas” que consideran que dicha atribución le corresponde a los órganos políticos, sea el Congreso o el Poder Ejecutivo⁽¹²⁴⁾.

Al respecto es importante recordar la célebre e histórica polémica desatada hacia 1931 entre Hans Kelsen⁽¹²⁵⁾ y Carl Schmitt⁽¹²⁶⁾. Y es que Kelsen propuso la creación de un Tribunal Constitucional encargado de la defensa de la Constitución, posición que fue criticada por Schmitt para quien el “protector de la Constitución” debía ser el Presidente del Reich y no un órgano jurisdiccional. Más allá de tales debates, la controversia siguió latente, pero finalmente quedó clara la necesidad de un control jurisdiccional de los actos de los “órganos legislativos”⁽¹²⁷⁾.

En la actualidad, la disputa ha sido superada pues existe consenso en atribuir el control a los órganos jurisdiccionales, aunque se discute si es indispensable crear un Tribunal Constitucional –modelo

(123) FIX ZAMUDIO Héctor, “Ensayos sobre el derecho de amparo”, 2 ed., México: Porrúa-UNAM, 1999, p. 233.

(124) PÉREZ TREMPs Pablo, “Tribunal Constitucional y Poder Judicial”, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 26.

(125) KELSEN Hans, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, traducción de Roberto J. Brie, Madrid: Tecnos, 1995, pp. 3 y ss.

(126) SCHMITT Carl, “La Defensa de la Constitución”, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Madrid: Tecnos, 1983, p. 250.

(127) BACHOF Otto, “Jueces y Constitución”, Madrid: Civitas, 1985, p. 47.

europeo— o esta atribución puede estar a cargo del Poder Judicial —modelo norteamericano—, incluso creando para ello Salas Especializadas al interior de dicho órgano jurisdiccional. Por lo demás, una opción de tal naturaleza ha de tomar en cuenta que tanto el modelo europeo como el norteamericano “(...) responden a ideologías y culturas jurídicas muy diferentes (...)”⁽¹²⁸⁾.

Es más, pese a las diferencias que existen entre ambos modelos de control pueden apreciarse notables aproximaciones. En efecto, “el Tribunal supremo de Estados Unidos es ahora el juez especial de las grandes cuestiones de constitucionalidad, semejante a los Tribunales constitucionales europeos, y, (...), la introducción del control de las leyes a través de cuestiones prejudiciales de constitucionalidad ha situado a los Tribunales constitucionales europeos en el circuito de la justicia ordinaria, con resultados asimilables en muchos aspectos a los del sistema estadounidense”⁽¹²⁹⁾.

4.1. Poder Judicial

En 1803, en el famoso caso “Marbury vs. Madison”, la Corte Suprema de los Estados Unidos consagró la atribución del Poder Judicial de hacer uso de la “judicial review” o control difuso. Aunque ya existían antecedentes en Inglaterra —en 1610 en el caso “Bonham” fijado por el juez Coke, criterio que no prosperó⁽¹³⁰⁾— y en los Estados Unidos, como por ejemplo la propuesta efectuada por Hamilton durante la Convención Constituyente de Filadelfia de 1787, tal ocasión sirvió para que la Corte Suprema liderada por John Marshall se atribuya un especial status al reconocer que podía controlar la constitucionalidad de las leyes en los casos concretos que lleguen a su conocimiento.

En dicha sentencia, la Corte sostuvo que “cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de

modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cual de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia”⁽¹³¹⁾.

Esta facultad, sin duda sumamente relevante para la época, solo fue utilizada nuevamente cincuenticuatro años después en el caso “Dredd Scott” en 1857⁽¹³²⁾. Es importante señalar que el control difuso aparece en un ordenamiento donde rige el principio del “stare decisis” y la jurisprudencia tiene efectos vinculantes. Incluso, se afirma que “el Congreso de los Estados Unidos es el primero que tiene por totalmente invalidada toda ley declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo, llevando un cuidadoso registro de las misma, aunque no hay acto formal posterior de dereogación, que no tiene sentido”⁽¹³³⁾.

Este fue el modelo que inicialmente inspiró los mecanismos de control constitucional en América Latina⁽¹³⁴⁾. Sin embargo, la posibilidad de que el Poder Judicial ejerza el control difuso no es la única modalidad en la que dicho órgano interviene en materias constitucionales tal como se aprecia en la experiencia comparada, pues otros países han optado por introducir Salas especializadas al interior del Poder Judicial encargadas de tramitar y resolver los procesos constitucionales. Esto sucede con la Sala Constitucional del Poder Judicial que existe en Costa Rica —la denominada Sala IV— (1989), en El Salvador (1983, 1991), Paraguay (1992), en Nicaragua (1995) y en Venezuela (1999)⁽¹³⁵⁾.

(128) PRIETO SANCHÍS Luis, “Justicia constitucional y derechos fundamentales”, Madrid: Trotta, 2003, p. 93.

(129) ZAGREBELSKY Gustavo, “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”, Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 65.

(130) FURNISH Dale, “La revisión judicial de la constitucional de las leyes en los Estados Unidos” en “Sobre la Jurisdicción Constitucional”, Aníbal Quiroga (compilador), Lima: PUC, 1990, p. 71.

(131) Caso Marbury vs. Madison, en “Lecturas sobre Temas Constitucionales”, Lima: CAJ, N° 2, 1988, p. 105.

(132) ACOSTA SÁNCHEZ José, “Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional”, Madrid: Tecnos, 1998, p. 115.

(133) ALONSO GARCÍA Enrique, “Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema constitucional norteamericano”, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: CEC, N° 6, 1982, p. 214.

(134) EGUIGUREN PRAELI Francisco, “Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa”, Buenos Aires: Konrad Adenauer, CIEDLA, 2000, p. 8.

(135) PALOMINO MANCHEGO José, “Los orígenes de los Tribunales Constitucionales en América Latina”, en GARCÍA BELAUNDE Domingo, “El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba”, Lima: UNMSM, 2002, p. 165.

En el Perú la denominada Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema nacional es muy distinta a la que existen en los países antes mencionados, pues ella solo conoce algunos procesos constitucionales –resuelve en segundo grado el proceso de amparo contra resoluciones judiciales y las demandas de acción popular– y además conoce otros procesos que no son de naturaleza constitucional.

4.2. Tribunal Constitucional

La propuesta kelseniana de crear un Tribunal Constitucional surge en Europa en 1920 –Austria y Checoslovaquia y luego, en 1931, en España– pero progresivamente se va extendiendo a los restantes países del mundo a partir de la segunda guerra mundial. Cabe indicar que Kelsen conocía el control difuso pero desestimó su traslado a los países europeos por diversas razones, entre ellas, porque tales ordenamientos carecen de jurisprudencia vinculante y por ello requerían de un órgano que centralice el control de constitucionalidad de las normas.

Afirmaba que “La ausencia de una decisión uniforme en torno a la cuestión sobre cuándo una ley es constitucional (...) es un gran peligro para la autoridad de la Constitución”⁽¹³⁶⁾. Además, existía una desconfianza frente al Poder Judicial que hacía poco probable que se entregue el control a dicho órgano. De ahí que haya preferido la opción de crear un Tribunal Constitucional que concentra el control constitucional.

América Latina recibió esta influencia europea y así, por vez primera, aparece un Tribunal Constitucional en Guatemala (1965, 1985), que luego se expande a países como Chile (1970, 1980), Ecuador (1945, 1967, 1978, 1998), Perú (1979, 1993), Colombia (1991) y Bolivia (1994). En Cuba existió el denominado Tribunal

de Garantías Constitucionales y Sociales creado por la Constitución de 1940 que subsistió hasta 1952, el cual en rigor “era una Sala Constitucional, pero con otro nombre (...), era un embrión de Tribunal Constitucional”⁽¹³⁷⁾.

Como recuerda Favoreu, un Tribunal Constitucional “es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de este como de los poderes públicos”⁽¹³⁸⁾. Sin embargo, en América Latina algunos tribunales están configurados como órganos distintos o “externos” al Poder Judicial, tal como sucede en Guatemala, Chile, Ecuador y Perú. Otros, en cambio, forman parte de la propia estructura judicial, como ocurre en Bolivia y Colombia⁽¹³⁹⁾. Además, coexisten con el modelo difuso, lo cual no sucede en Europa.

(136) KELSEN Hans, “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”, Traducción de Domingo García Belaunde, en IUS ET VERITAS, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año IV, N° 6, Lima, 1993, p. 83.

(137) GARCÍA BELAUNDE Domingo, “El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba”, Lima: UNMSM, 2002, p. 48.

(138) FAVOREU Louis, “Los tribunales constitucionales”, Madrid: Ariel, 1994, p. 13.

(139) FERRER MAC-GREGOR Eduardo, Ob. cit., pp. 27-28.

UNIDAD II: LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1) ABAD YUPANQUI, Samuel. El proceso constitucional de amparo, segunda edición. Lima, Gaceta Jurídica, 2008, pp. 108-147.

los derechos subjetivos, por ello, (...), se trata de evitar que el ejercicio de una real y efectiva tutela judicial en el marco de un proceso justo sea dejado de lado, por meros formalismos irrazonables".

El artículo III del Código Procesal Constitucional detalla los principios que caracterizan a los procesos constitucionales, que incluyen por cierto al amparo. Así se refiere a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante lo que no impide el pago de costas y costos en los supuestos señalados por el artículo 56, economía procesal, impulso de oficio, concentración —como ocurre cuando se presenta el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 53 del Código—, elasticidad, socialización del proceso, principio *pro actione* o *favor procesum*⁽⁴⁹⁾. A ellos debe agregarse el principio *iura novit curiae* previsto por el artículo VIII del Código.

Como puede apreciarse, los citados principios son manifestaciones de un sistema procesal publicístico y, en definitiva, tratan de privilegiar la vigencia de los derechos fundamentales sobre las formalidades procesales, otorgando al juez un rol muy activo en ese cometido. En virtud de ellos el intérprete —especialmente el juez— puede dar solución a diversas situaciones a veces no previstas tal como lo ha hecho en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional⁽⁵⁰⁾.

III. PRESUPUESTOS ESPECÍFICOS PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO

De acuerdo con la Constitución, el amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución distintos a la libertad individual y a los derechos tutelados por el hábeas data. La doctrina⁽⁵¹⁾ suele mencionar determinados presupuestos específicos

para la procedencia del amparo, que lo distinguen de los demás procesos. Ello no excluye la existencia de otros, como por ejemplo, los que determinan su procedencia contra resoluciones judiciales o contra normas —aspectos que analizaremos en detalle en capítulos sucesivos—, sino tan solo se trata de rescatar los presupuestos aplicables a todo proceso de amparo.

En este sentido, el artículo 5 del Código contempla diez causales de improcedencia que tratan de determinar los casos en los cuales el juez constitucional puede abstenerse de ingresar al fondo de la controversia porque no se cumplen los presupuestos básicos para la viabilidad de este proceso. A partir del análisis de las referidas causales de improcedencia puede apreciarse el "modelo de amparo" adoptado. Así puede afirmarse que el amparo constituye una manifestación de la denominada tutela de urgencia que solo garantiza el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental (inciso 1), que es subsidiario (incisos 2, 3 y 4), donde el acto lesivo debe subsistir o ser reparable al momento de presentarse la demanda (inciso 5), que no puede cuestionar en supuestos excepcionales los actos de determinados poderes públicos (incisos 6, 7 y 8), que no sustituye al proceso competencial si la controversia se suscita sobre las atribuciones o competencias de entidades de derecho público (inciso 9) y que debe presentarse dentro de un plazo determinado (inciso 10).

1. Tutela de derechos constitucionales. El contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental

1.1. El debate en la experiencia comparada: la opción nacional

En el Derecho comparado pueden distinguirse tres posibles variables respecto al conjunto de derechos protegidos por el amparo: una tesis muy amplia, otra amplia y finalmente una posición intermedia⁽⁵²⁾.

- a) La tesis muy amplia señala que el amparo no solo protege los derechos constitucionales incluyendo la libertad individual, sino

(49) AA.VV. "Código Procesal Constitucional, Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico", Lima: Palestra Editores, 2004, pp. 31-35.

(50) Cfr. CASTILLO CORDOVA Luis, "Los principios procesales en el Código Procesal Constitucional", Actualidad Jurídica, Lima: Gaceta Jurídica, N° 141, agosto 2005, pp. 141-145.

(51) Seguimos el esquema utilizado por el procesalista uruguayo Enrique VESCOVI, "Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica", Buenos Aires: Depalma, 1988, p. 476 y ss.

(52) SAGUÉS Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo", 3ª ed., Buenos Aires: Astuce, 1991, Tomo 3, p. 152 y ss.

también derechos que no gozan de aquel rango pero que llegan a ser tutelados debido, en ocasiones, a una interpretación extensiva de una norma constitucional. Esta posición ha sido acogida en la experiencia mexicana, cuando comprende al hábeas corpus dentro del amparo, y cuando admite la procedencia del llamado "amparo-casación" o "amparo-recurso" en defensa de la legalidad de las resoluciones judiciales, es decir, de la exacta aplicación de la ley. La reforma constitucional argentina (artículo 43) parecería inscribirse en esta tesis al señalar que el amparo procede cuando se afecten derechos reconocidos por "esta Constitución, un tratado o una ley"; sin embargo, un sector importante de la doctrina desecha una interpretación literal de dicho dispositivo y afirma que el amparo "debe ceñirse a aquellos derechos que son fundamentales"⁽⁵³⁾.

- b) La tesis amplia, admite el amparo en resguardo de todos los derechos reconocidos por la Constitución con excepción de la libertad individual. Se excluye así aquellos derechos que no gozan de raíz constitucional, e incluye a los derechos constitucionales de naturaleza patrimonial, a los derechos sociales y a los que se fundan en la dignidad del ser humano o en los principios que orientan un Estado democrático de Derecho.
- c) La tesis intermedia, en cambio, protege ciertos derechos reconocidos por la Constitución —a los que suele denominar derechos fundamentales—, y se caracteriza por mencionar expresamente cuáles son los derechos objeto de tutela. Esto ocurre, por ejemplo, en la experiencia española, pues el artículo 53.2 de la Carta de 1978 solo concede el amparo en defensa de los derechos contenidos en el artículo 14, de la sección primera del capítulo II relativo a los derechos fundamentales y libertades públicas y el artículo 30.2 de la Constitución. Sin embargo, hay que reconocer que el Tribunal Constitucional ha mantenido "una postura de moderada flexibilidad en la interpretación de estos preceptos" a partir, entre otros supuestos, de una

"aplicación instrumental" del derecho a la igualdad y de la tutela judicial efectiva⁽⁵⁴⁾. Asimismo, en Alemania, el amparo protege los denominados derechos fundamentales (previstos en los artículos 1 al 19), así como los derechos reconocidos en los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104. Por su parte, en Colombia, la Constitución señala que la tutela protege los "derechos constitucionales fundamentales" (artículo 86), los cuales se encuentran ubicados en el capítulo I del Título II de la citada Carta. Sin embargo, la Corte Constitucional —en la sentencia de tutela T-02, mayo 8/92— ha precisado que "el constituyente no determinó en forma taxativa cuáles eran los derechos constitucionales fundamentales, a diferencia de algunos textos constitucionales de otros países, como es el caso de la Constitución española de 1978 (...) y de la Constitución alemana (...)". De esta manera, como señala Cepeda, la Corte considera que un criterio formal no es suficiente para determinar si un derecho es fundamental pues debe acudir a criterios materiales "y deben ser apreciados en cada caso"⁽⁵⁵⁾.

En el Perú, se ha optado por una tesis amplia en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo. Y es que la Constitución dispone que el amparo protege los derechos que ella reconoce, es decir, los derechos constitucionales distintos a la libertad individual y a los tutelados por el hábeas data. El texto constitucional emplea la expresión derechos fundamentales para denominar aquellos incluidos en el primer Capítulo de su Título I, estableciendo una aparente distinción con los restantes derechos desarrollados en otros capítulos pues a ellos no los denomina fundamentales sino sociales y económicos (Capítulo II) y políticos (Capítulo III).

A nuestro juicio, no existe tal aparente distinción. En efecto, los derechos no previstos en el primer capítulo también gozan de la protección reforzada de los procesos constitucionales, pues el artículo 200 señala que el amparo protege todos los derechos reconocidos por la

(53) SÁLGADO Alf. Joaquín y Alejandro César VERDAGUER, "Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad", 2ª ed., Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 104.

(54) FIGUERUELO Ángela, "El recurso de amparo: estado de la cuestión", Madrid: Derecho, Biblioteca Nueva, 2001, p. 41.

(55) CEPEDA ESPINOSA Manuel José, "Derecho Constitucional jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional", Bogotá: Legis, 2001, p. 54.

Constitución sin distinguir en función de su ubicación. Asimismo, la cláusula abierta –prevista por el artículo 3, ubicado en el primer capítulo de la Constitución⁽⁵⁶⁾– permite afirmar que también son derechos fundamentales los demás reconocidos por ella así no se encuentren ubicados en el capítulo primero e incluso los “derechos implícitos”, es decir, aquellos no previstos constitucionalmente al amparo de la teoría de los “derechos innominados”. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, por ejemplo, cuando reconoció el derecho a la verdad⁽⁵⁷⁾ y una mayor amplitud a los derechos de los consumidores y usuarios⁽⁵⁸⁾. Por lo demás, en nuestro ordenamiento jurídico no existen diferencias entre las expresiones derechos constitucionales, derechos fundamentales y derechos humanos⁽⁵⁹⁾.

La Ley 23506 (artículo 24) ratificó lo expuesto pues estableció una enumeración amplia y abierta de derechos susceptibles de ser tutelados por el amparo. En efecto, luego de precisar en veintiún incisos los derechos protegidos por el amparo agregó en su inciso 22 que también tutelaba “los demás derechos fundamentales que la Constitución consagra”. El Código Procesal Constitucional mantiene similar posición (artículo 37 inciso 25), pero explicita algunos derechos que no aparecían en el

(56) Según la cual “la enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático y de la forma republicana de gobierno”.

(57) En el caso Genaro Villegas Namuche (Exp. N° 2488-2002-HC/TC, El Peruano –Jurisprudencia– 29 de marzo de 2004, p. 6001) señaló que “el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido” (considerando 13) y “ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno” (considerando 15).

(58) Así lo expuso en el Exp. N° 0008-2003-AI, F. J. N° 22, resuelto el 11 de noviembre del 2003, al precisar que “(…) pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que tribuyen la real dimensión de la defensa y tutela consagrada en la Constitución. (…) Así, el artículo 3 de la Constitución prevé la individualización de “nuevos” derechos, en función de la aplicación de la teoría de los “derechos innominados”, allí expuesta y sustentada. Bajo tal premisa, el propio Estado, a través de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N° 716), no solo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65 de la Constitución. Por ello, los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios”.

(59) CASTILLO CORDOVA Luis, “Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales”, Lima: Ara Editores, Universidad de Piura, 2003, p. 24.

catálogo de la Ley 23506 como el derecho a la remuneración, a la pensión, a la salud, al medio ambiente, entre otros. Asimismo, al reconocer el derecho a la igualdad visibiliza algunos supuestos específicos de discriminación, como sucede con la prohibición de discriminación por orientación sexual, inspirándose en lo dispuesto por el Tratado de Amsterdam firmado el 2 de octubre de 1997 (artículo 6 a)⁽⁶⁰⁾, y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 21.1) firmada el 7 de diciembre del 2000⁽⁶¹⁾.

De otro lado, la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución señala que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que dicha disposición implica:

“una adhesión a la interpretación que, de los mismos (de los tratados sobre derechos humanos), hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región” (Exp. N° 217-02-HC/TC, sentencia publicada el 20 de setiembre del 2002).

De esta manera, las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos completan el ordenamiento constitucional peruano en materia de derechos humanos. Así también lo señala el artículo V del Código Procesal Constitucional.

(60) Como se sabe, el referido Tratado modificó al Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. En su artículo 6 a) señaló que “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

(61) El citado dispositivo precisa que: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

1.2. La exigibilidad de los derechos sociales

La derogada Ley 23506 contenía una disposición polémica respecto a aquellos derechos cuyo cumplimiento requería un gasto de Estado. Así, en su artículo 25 señalaba que “no dan lugar a la acción de amparo los derechos a que se refiere la sexta de las disposiciones generales y transitorias de la Constitución”⁽⁶²⁾, vale decir, aquellos que para su cumplimiento requieren “nuevos o mayores gastos públicos”. Una norma de esta naturaleza, que incidía especialmente en la tutela de los derechos sociales, no debió ser incorporada, pues corresponde al juez constitucional –y no al legislador– determinar, en cada caso concreto, los alcances de la protección de tales derechos a partir de un adecuado ejercicio de interpretación constitucional.

Es más, dicha norma permitió algunas interpretaciones cuestionables, como cuando el Tribunal al resolver un proceso de amparo sostuvo que para efectuar el control de las omisiones legislativas debía evaluarse el “tipo de norma programática cuya exigibilidad se invoque, descartándose dentro de tal contexto las de tipo económico, (...), por no ser materia de análisis en sede jurisdiccional” (Caso Asociación de Servidores Civiles del Ejército y otros, Exp. N° 083-92-AA/TC). Una interpretación de esta naturaleza, reduciría la posible tutela de los derechos sociales. Por ello, no faltaba razón a quienes consideraron que el artículo 25 de la Ley 23506 era inconstitucional⁽⁶³⁾.

Felizmente, dicha norma no siempre fue tomada en cuenta. Así, por ejemplo, algunas demandas de amparo presentadas contra el Estado por personas con VIH-SIDA para que se les proporcione medicamentos antirretrovirales fueron declaradas fundadas por la Corte Superior de Lima (Exp. N° 2483-2002, 4ª Sala Civil, sentencia de 4 de junio de 2003; Exp.

N° 1454-2002, 6ª Sala Civil, sentencia de 9 de mayo de 2003)⁽⁶⁴⁾, pese a que ello implicaba un gasto para el Estado.

En un proceso similar, el Tribunal Constitucional –caso Azanca Meza García– declaró fundada la demanda de amparo presentada. Consideró que debía conceder “(...) protección jurídica a un derecho social, como lo es el derecho a la salud, pues en este caso en particular se han presentado las condiciones que así lo ameritan. Este pronunciamiento a favor de la recurrente se fundamenta no solo por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino por razones fundadas en la propia legislación de la materia que ha dispuesto los cauces para la máxima protección de los enfermos de SIDA, mediante la promulgación de la Ley N° 28243, que modifica la Ley N° 26626; más aún cuando actualmente se viene promocionando una campaña de tratamiento gratuito de antirretrovirales para pacientes en condiciones de extrema pobreza, en cuyo grupo debe ser considerada la recurrente, toda vez que cuenta a su favor con una medida cautelar otorgada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (Exp. N° 2945-2003-AA/TC, sentencia de 20 de abril del 2004, N° F.J. N° 50). Y es que el Tribunal, como señala Marcial Rubio, a través de su jurisprudencia ha tratado de integrar los “dos estadios de desarrollo del Estado” –Estado liberal y Estado social– para de tal manera “mantener los derechos individuales y hacerlos compatibles con los derechos sociales (...)”⁽⁶⁵⁾.

El Código Procesal Constitucional elimina lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 23506 –cuya interpretación literal el Tribunal Constitucional ya había dejado de lado– pues considera que debe ser el juez quien determinará los alcances de la tutela de los derechos sociales y su exigibilidad⁽⁶⁶⁾. En este sentido, el Tribunal ha considerado 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

(62) La Ley 23506 aludía a la Constitución de 1979 cuya norma citada decía que: “Las disposiciones constitucionales, que irogan nuevos gastos e inversiones, se aplican progresivamente. La Ley Anual del Presupuesto contempla el cumplimiento gradual de esta disposición”. En la actualidad, la Carta de 1993 mantiene una cláusula similar (undécima disposición final y transitoria) al señalar que: “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

(63) CARPIO MARCOS Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”, Lima: Palestra Editores, 2004, p. 152.

(64) LUNA CERVANTES Eduardo, “La Defensoría del Pueblo y la protección de los derechos económicos, sociales y culturales”, Revista Debate Defensorial, Lima, N° 5, 2003, p. 157.

(65) RUBIO CORREA Marcial, “El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, p. 46.

(66) ALVITES ALVITES Elena, “La protección jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales. Estrategias nuevas para un viejo problema”, Diálogo con la Jurisprudencia, Lima: Gaceta Jurídica, N° 84, setiembre 2005, p. 54.

derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando se compruebe que puede efectuar acciones concretas para la ejecución de políticas sociales" (Exp. N° 2016-2004, F.J. 32). En esta materia la experiencia comparada resulta sumamente aleccionadora; así por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-177/05⁽⁶⁷⁾ ha precisado los alcances del principio de progresividad de los derechos sociales cuando se logra "un determinado nivel de protección" y ha determinado en qué casos un retroceso puede resultar inconstitucional.

1.3. Derechos con sustento constitucional directo: la pretendida "inflación" de derechos fundamentales

En muchas ocasiones se ha podido apreciar cómo a través de interpretaciones extensivas ciertos abogados –cuyas pretensiones en ocasiones han sido acogidas por los jueces– han tratado de ampliar los alcances de un derecho para comprender dentro de él supuestos que exceden de su contenido. Así, Francisco Eguiguren menciona como ejemplos la extensión indebida de la libertad de asociación para comprender la resolución de conflictos internos entre sus miembros, la libertad de contratación para incluir los incumplimientos de contratos, o la libertad de trabajo de los ambulantes⁽⁶⁸⁾. Para evitar ello, algunos han propuesto que se establezca una relación taxativa de los derechos protegidos por el proceso de amparo. Este fue el parecer del entonces congresista Antero Florez-Araoz durante el debate que condujo a la aprobación del anteproyecto de reforma constitucional en el año 2002⁽⁶⁹⁾.

A nuestro juicio, los problemas presentados no se resuelven estableciendo que solo ciertos derechos pueden tutelarse a través del amparo. En esta materia resulta imprescindible determinar que se trata de un derecho con sustento constitucional directo y efectuar un adecuado

(67) ACUÑA Juan Manuel, "Contribuciones de la jurisdicción constitucional para la eficacia de los derechos sociales en la experiencia comparada", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México: Editorial Porrúa – Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, N° 6, julio-diciembre 2006, pp. 15-16.

(68) EGUIGUREN PRAELI Francisco, "Las distorsiones en la utilización del amparo y su efecto en la vulneración del debido proceso: ¿cabe un amparo contra otro amparo?", en "Estudios Constitucionales", Lima: Ara Editores, 2002, pp. 219-220.

(69) COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES, "Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución (Texto para el debate)", Lima, 5 de abril del 2002, p. 45.

ejercicio de interpretación constitucional para evitar la "inflación" de derechos e impedir que se abra la puerta al amparo en casos en que no corresponde. Asimismo, se requiere diseñar un amparo realmente excepcional para que se acuda a la vía constitucional en los casos en que la urgencia de tutela lo justifique. Por ello, resulta bastante expresiva la terminología utilizada por la experiencia brasilera que señala que el "mandado de seguridad" o amparo solo procede cuando existe un "derecho líquido y cierto"⁽⁷⁰⁾. Tal expresión no ha sido recibida en nuestra jurisprudencia, aunque fue acogida en algunos casos excepcionales por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. N° 2289-2001, resuelta el 9 de enero del 2002, *El Peruano* –separata Jurisprudencia–, 24 de agosto de 2002, p. 5338) al precisar que:

"es objeto de la acción de amparo reponer las cosas a un estado determinado para declarar que el derecho existente, cierto y líquido está siendo violado o amenazado por un hecho real, efectivo, tangible y concreto que constituye lesión de categoría constitucional".

De ahí que compartamos el criterio del Tribunal Constitucional expuesto en la demanda de amparo presentada por Víctor Montori c/ Compañía Minera Milpo S.A. (Exp. N° 328-2001-AA/TC), resuelta el 25 de setiembre del 2001 (*El Peruano*, "Garantías constitucionales", 20 de setiembre de 2001, p. 4717), cuando sostuvo que:

"el derecho de preferencia, en su origen, puede derivarse de la ley o el estatuto, siendo en consecuencia de naturaleza legal o estatutaria pero no constitucional, (...). En ese sentido, no se origina un conflicto susceptible de llevarse al amparo, dado que en esta sede solo se pueden dilucidar casos en los que resulte perjudicado un derecho regulado en la Constitución".

Criterio similar mantuvo el Tribunal cuando declaró improcedente la demanda de amparo en defensa del derecho de posesión pues si

(70) PINTO FERREIRA Luiz, "Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos no Brasil", en GARCIA BELAUNDE Domingo y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, "La jurisdicción constitucional en Iberoamérica", Madrid: Dykinson, 1996, p. 420.

bien aquel constituye "uno de los elementos que integra la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos que la ley, a través de los procesos ordinarios, establece" (Caso Lorenzo Cruz Camillo, Exp. 3773-2004-AA/TC, F.J. 2).

Por su parte, en Colombia, la Corte Constitucional ha enfrentado problemas similares. Así, por ejemplo, en la sentencia T-098 de 1994 resaltó "la necesidad de distinguir cuándo un asunto o materia es de orden constitucional, y cuándo es de orden legal". Ello "hace necesario establecer claros criterios de interpretación que permitan al juez de tutela el cabal cumplimiento de su función protectora de los derechos fundamentales"⁽⁷¹⁾.

Precisamente, estos criterios deben orientar la interpretación de los derechos constitucionales⁽⁷²⁾. De lo contrario, el amparo terminará protegiendo derechos de naturaleza u origen legal⁽⁷³⁾ y se desnaturalizará su sentido constitucional. Por ello, el artículo 5 inciso 1) del Código Procesal Constitucional señala que la demanda será improcedente cuando los hechos y el petitorio "no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado" y el artículo 38, refiriéndose específicamente al proceso de amparo, precisa que este no procede "en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo". Se trata de una causal de improcedencia similar a la prevista por los incisos b) y c) del artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español que permite disponer la inadmisión del "recurso de amparo" cuando la "demanda se deduzca respecto de derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional" (inciso b) o cuando "la demanda carezca manifiestamente de contenido constitucional", aunque esta última fórmula es mucho más amplia en el modelo español⁽⁷⁴⁾.

(71) DEFENSORÍA DEL PUEBLO, "La acción de tutela en la jurisprudencia de la Corte", compiladora Adriana Rosas Cruz, serie de Documentos N° 10, Santafé de Bogotá, 1996, p. 2.

(72) Cfr. CARPIO MARCOS Edgar, ob. cit., pp. 27 y ss.

(73) EGUIGUREN PRAELI Francisco, "El amparo como proceso residual en el Código Procesal Constitucional. Una opción riesgosa pero indispensable", Pensamiento Constitucional. Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional. Lima: PUCP, N° 12, 2007, p. 225.

(74) REQUEJO PAGÉS Juan Luis, "Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", Madrid: TC-BOE, 2001, p. 813.

1.4. La tesis del contenido esencial de los derechos fundamentales y su indebida aplicación al proceso de amparo

Diversas opiniones se han esgrimido para determinar cuando se está en presencia del "contenido constitucionalmente protegido" de un derecho susceptible de tutela a través del amparo. Para tratar de explicarlo en ocasiones se ha asimilado la tesis europea del "contenido esencial" al proceso de amparo⁽⁷⁵⁾; otros autores han propuesto pautas puntuales para determinar el contenido de un derecho⁽⁷⁶⁾; y el Tribunal Constitucional no siempre ha contado con una posición uniforme, resaltando —eso sí— que debe ser determinado en cada caso concreto.

Cuando se elaboró el Anteproyecto de Código lo que se trató de evitar con dicha expresión fue la extensión indebida del contenido de un derecho fundamental para forzar el empleo del amparo. No se pretendió trasladar la tesis del "contenido esencial" para explicarlo, sino tan solo fijar un criterio general que contribuya a evitar excesos y que el juez en los casos que lleguen a su conocimiento pueda ir determinando. No obstante, las normas tienen vida propia y por ello a partir de la vigencia del Código se han suscitado diversas interpretaciones.

A nuestro juicio, no es posible trasladar automáticamente la figura del "contenido esencial" para indicar que es sinónimo del "contenido constitucionalmente protegido" de un derecho. Dos razones centrales nos conducen a efectuar esta afirmación.

- a) En primer lugar, una explicación histórica⁽⁷⁷⁾. La tesis del contenido esencial surge en Alemania como una reacción destinada a

(75) MESÍA Carlos, "Exégesis del Código Procesal Constitucional", Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 117. El citado autor señala que "son improcedentes los procesos constitucionales cuya demanda está referida a aspectos secundarios o accesorios del Derecho Constitucional que no son parte de su contenido esencial".

(76) CASTILLO CORDOVA Luis, "Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales", Actualidad Jurídica, Lima: Gaceta Jurídica, N° 139, junio 2005, pp. 144 y ss. Del mismo autor "El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo", en PALOMINO MANCHIEGO José F. (coordinador), "El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde", Lima: Grijley, 2005, Tomo I, p. 563.

(77) ABAD YUPANQUI Samuel B., "Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar", *Thémis Revista de Derecho*, 2ª época, Lima, N° 21, 1992, p. 9.

evitar los excesos cometidos contra los derechos fundamentales por parte del legislador. En efecto, las limitaciones y restricciones indebidas de los derechos fundamentales ocurridas en dicho país durante la experiencia nacional socialista, así como la impotencia de la Constitución de Weimar (1919) para evitar estos excesos, propiciaron una natural desconfianza hacia el legislador ordinario que explica el origen del artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn (1949)⁽⁷⁸⁾. Mediante aquel dispositivo le fue expresamente prohibido al legislador efectuar cualquier afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales⁽⁷⁹⁾. La experiencia alemana ha servido de fuente de inspiración de otros textos constitucionales, tal como ha ocurrido con el artículo 18.3 de la Constitución portuguesa de 1976⁽⁸⁰⁾, el artículo 53 de la Constitución española de 1978⁽⁸¹⁾, diversas Constituciones de Europa del Este y el artículo 52.1 de la Carta europea de derechos fundamentales⁽⁸²⁾.

- b) En segundo lugar, es menester precisar que se trata de un límite o garantía frente al legislador. Así lo resalta el profesor Habberle en su clásico trabajo al indicar que “El artículo 19.2 LF

(78) Artículo 19. Restricción de los derechos fundamentales.

1. Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, esta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicándolo el artículo correspondiente.

2. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

(79) PAREJO ALFONSO LUCIANO, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: CEC, N° 3, 1981, p. 170.

(80) Artículo 18. Alcance jurídico. (...)

1. Las leyes restrictivas de los derechos, libertades y garantías habrán de revestir carácter general y abstracto y no podrán reducir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales.

(81) Artículo 53.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).

(82) Artículo 52. Alcance de los derechos garantizados.

1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

debe su génesis básicamente a tal preocupación, que se dirige frente al legislador”⁽⁸³⁾. Juan Carlos Gavara refuerza este argumento al considerar que no es “aplicable a los actos no normativos del Poder Ejecutivo o a las decisiones del Poder Judicial. (...) La aplicación de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales presupone la existencia de una ley que sea susceptible de ser controlada constitucionalmente. Dicha ley es consecuencia de la aplicación de una reserva de ley”⁽⁸⁴⁾. Como se sabe el proceso de amparo no es un instrumento de defensa exclusiva frente al legislador; también procede contra actos de particulares, actos administrativos y jurisdiccionales. Por ello, no resulta coherente trasladar la tesis del contenido esencial al proceso de amparo para indicar que ese será el contenido constitucionalmente protegido de un derecho. Así, por ejemplo, lo ha entendido el Tribunal Constitucional español en la STC 18/2003 (FJ 3) al señalar que “el contenido adicional y no solo el esencial es también tutelable en amparo, según nuestra jurisprudencia”⁽⁸⁵⁾.

Por tales consideraciones no compartimos el criterio esgrimido por el Tribunal Constitucional en el caso Manuel Anicama Hernández (Exp. 1417-2005-AA) cuando sostuvo que “todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental solo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume” (F.J. 21)⁽⁸⁶⁾. Desarrollando dicho criterio el Tribunal consideró que:

“sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo expuesto

(83) HABERLE Peter, “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”, traducción de Joaquín Brage Camazano, Madrid: Dykinson, 2003, p. 221.

(84) GAVARA DE CARA Juan Carlos, “Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn”, Madrid: CEC, 1994, p. 202.

(85) Cit. por PÉREZ TREMPES Pablo, “El recurso de amparo”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 59.

(86) Dicha tesis posiblemente ha inspirado lo dispuesto por el artículo 11 del Reglamento Normativo del TC (Resolución Administrativa 031-2006-P/TC) que incluye como un supuesto adicional para la procedencia del recurso de agravio constitucional que “el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental”.

a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, este colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo" (F.J. 37).

Estos argumentos lo llevaron a concluir que el contenido esencial del derecho a la pensión susceptible de tutela por el amparo está constituido por el acceso al sistema de seguridad social, el respeto de los requisitos para obtener una pensión, el derecho a contar con una pensión mínima, el acceso a una pensión de sobrevivencia si se cumplen los requisitos legales y el respeto a la igualdad material. Los demás aspectos, como, por ejemplo el "reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión".

Cabe recordar que en una sentencia anterior al referirse al contenido del derecho a la pensión (Exps. 050-2004-AI, 051-2004-AI, 004-2005-PI, 007-2005-PI, 009-2005-PI), el TC acogió la tesis, que en su momento asumió el TC español, de los tres círculos concéntricos de un derecho para indicar que, a su juicio, existía un contenido esencial, uno no esencial y otro adicional del derecho a la pensión (F.J. 115). En la actualidad en España "la jurisprudencia del TC ha ido evolucionando hacia una consideración del contenido esencial de un derecho fundamental alejada de la doctrina de los círculos concéntricos. (...) El TC parece haber abandonado esa visión minimalista para acercarse a la que hoy parece mayoritaria en la doctrina española según la cual el contenido esencial de un derecho fundamental es su titularidad, objeto, contenido y límites tal y como los define en abstracto la norma *iusfundamental*"⁽⁸⁷⁾.

En consecuencia, consideramos que debe buscarse el sentido de esta norma en otros terrenos. En esta dirección, como ya hemos indicado en el

(87) BASTIDA FREJEDO Francisco y otros, "Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978", Madrid: Tecnos, 2005, p. 138.

punto anterior, un antecedente que se acerca a la redacción de la norma nacional puede encontrarse en el artículo 50.1 b) y c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español.

A nuestro juicio, para determinar el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, entendido como una causal de improcedencia del amparo y no de fundabilidad, se debe tratar de delimitar los alcances del derecho fundamental que sustenta la demanda de amparo; es decir, el intérprete debe definir en qué consiste el derecho fundamental alegado y lo que no forma parte de aquel⁽⁸⁸⁾. Esto implica determinar los sujetos del mismo, las facultades o prestaciones que involucra; en definitiva, delimitarlo⁽⁸⁹⁾. Para ello resulta indispensable acudir a lo dispuesto por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los precedentes y la doctrina jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional. Una correcta interpretación del contenido de un derecho se presentó cuando el Tribunal declaró improcedente la demanda de amparo al considerar que "no puede asumirse la afectación de un derecho fundamental como el de la libertad de empresa, en virtud de que este derecho no puede ser reconocido al demandante, al no tener la licencia correspondiente de parte de la autoridad municipal" (Exp. N° 3330-2004-AA/TC, F.J. 25).

Un aspecto problemático, planteado por Pablo Pérez Tremps, consiste en determinar el "límite entre constitucionalidad y legalidad" a fin de establecer el "alcance material de dichos derechos fundamentales"⁽⁹⁰⁾. Señala el citado autor que "el ámbito de protección de un derecho no puede hacerse solo desde el análisis de la norma fundamental. Habrá de acudirse, además, a otras normas, en especial a las correspondientes

(88) BASTIDA FREJEDO Francisco y otros, *ob. cit.*, p. 123.

(89) Una precisión importante respecto a las expresiones limitar y delimitar un derecho la efectúa Javier Jiménez Campo, al señalar que: "Aunque el significado académico de la palabra límite alude a las ideas de trazo de contornos y confines, el uso lingüístico del Derecho la emplea también para referirse a constituciones, excepciones o privaciones de un bien o derecho ya definido. Esta polisemia es fuente de confusión, de modo que, en lo sucesivo, reservaré la palabra límite para referirme, estrictamente, a aquellas últimas intervenciones (externas al derecho) y me serviré de la expresión delimitación (...) para englobar todas las acciones públicas que contribuyan a definir los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental". JIMÉNEZ CAMPO Javier, "Derechos fundamentales. Concepto y garantías", Madrid: Trotta, 1999, p. 38.

(90) PÉREZ TREMPIS Pablo, *ob. cit.*, p. 55.

leyes de desarrollo del derecho o derechos en cuestión⁽⁹¹⁾. Sin duda el margen mayor de intervención del legislador se presentará tratándose de los denominados derechos de configuración legal, tal como sucede con el derecho de participación política o la tutela procesal efectiva.

Una sentencia importante donde el TC desarrolló el contenido constitucional del derecho de reunión fue en el caso Confederación General de Trabajadores del Perú (Exp. 4467-2004-PA/TC, F.J. 15). En tal ocasión para hacerlo no necesitó acudir a la tesis del contenido esencial –como sí lo hizo en el caso Manuel Anicama–, pues se limitó a señalar cuáles eran sus elementos fundamentales (subjeto, temporal, finalista, real o espacial y eficacia inmediata). Esta manera de delimitar el contenido del derecho nos parece mucho más apropiada y evidencia la necesidad de precisar sus alcances en función del caso concreto.

2. Acto lesivo a derechos constitucionales efectuado por cualquier autoridad, funcionario o persona

El Derecho mexicano suele denominar al acto violatorio de derechos constitucionales susceptible de ser cuestionado a través del amparo como “acto reclamado”. Así lo disponen tanto la Constitución, la ley de amparo como la doctrina⁽⁹²⁾. La experiencia argentina, en cambio, acostumbra calificarlo como “acto lesivo”. En ambos casos suele acudirse a un concepto amplio de la expresión “acto”.

Se trata de categorías que nos parecen particularmente didácticas y esclarecedoras, dado que a través de ellas determinaremos cuáles son los elementos que el acto debe reunir para poder acudir con posibilidades de éxito al proceso de amparo. Y es que en caso de no estar presentes, la demanda será improcedente. De esta manera, podemos distinguir el acto lesivo o reclamado de acuerdo con los siguientes criterios fundamentales inspirados tanto en la experiencia mexicana como argentina. Por lo demás una didáctica sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de junio del 2004 (Exp. N° 3283-2003-AA/TC, caso “Taj Mahal Discoteque y

otra”) acogió estos criterios para determinar la “procedibilidad” de una demanda de amparo (F.J. N° 2 A) y, en otras ocasiones se ha efectuado un “análisis del acto lesivo materia de controversia constitucional” para determinar la procedencia de la demanda de amparo (Exp. N° 2802-2005-PA/TC, F.J. 10).

2.1. En función del tiempo de su realización

a) Actos pasados. Cuando el acto se ha realizado o, en conocida expresión mexicana, cuando se ha “consumado”⁽⁹³⁾, solo será viable acudir al amparo si a través de él pueden reponerse las cosas al estado anterior a la violación del derecho. Ello se encuentra estrechamente ligado a la exigencia de “reparabilidad” del acto cuestionado –que examinaremos posteriormente–; tal como lo señalaba el artículo 1 de la Ley 23506 y lo resalta el artículo 1 del Código Procesal Constitucional. En otras palabras, para que un acto “pasado” pueda ser considerado como “acto reclamado”, deberá ser susceptible de ser reparado a través del amparo. El Tribunal Constitucional los denomina “actos pretéritos” que son los “hechos, sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad suscitados en el pasado que solo requerirán la tutela jurisdiccional constitucional a condición de que se acredite que los derechos fundamentales vinculados a ellos, (...), pueden ser objeto de reparación mediante la intervención jurisdiccional” (Exp. N° 3283-2003-AA/TC, F.J. N° 4 a).

b) Actos presentes. Son aquellos que se vienen realizando al momento de interponer la demanda de amparo. En este caso, la pretensión tendrá por objeto impedir la continuación de la lesión. Así también lo considera el Tribunal Constitucional (Exp. N° 3283-2003-AA/TC, F.J. N° 4 b).

c) Actos futuros. Se trata de actos que aún no se han realizado en su totalidad. Como precisa la doctrina y jurisprudencia mexicanas, no todo acto futuro habilita el empleo del amparo, pues aquel debe ser “cierto e inminente”. De tal forma, los actos futuros “remotos o probables” quedan

(91) PÉREZ TREMPES Pablo, *ob. cit.*, p. 57.

(92) BURGUA Ignacio, “El juicio de amparo”, 40ª ed., México: Porrúa, 2004, p. 201.

(93) Genaro Góngora entiende por acto consumado a “aquel que se ha realizado total e íntegramente y conseguido todos sus efectos” (GONGORA PIMENTEL, Genaro, “Introducción al estudio del juicio de amparo. Temas del juicio de amparo en materia administrativa”, 2ª ed., México: Porrúa, 1989, p. 114).

descartados de la protección constitucional⁽⁹⁴⁾. La Ley 23506 no fijó estos requisitos. Ellos fueron desarrollados por la jurisprudencia y por la derogada Ley 25398, que precisó en su artículo 4 que “Las acciones de garantía, en el caso de amenaza de violación de un derecho constitucional, proceden cuando esta es cierta y de inminente realización”. Estos dos elementos –certeza e inminencia– también los contempla el artículo 2 del Código Procesal Constitucional.

Dos procesos en los que se alegó la existencia de una amenaza y que suscitaron un intenso cuestionamiento respecto a la autonomía del Poder Judicial fueron las demandas de amparo presentadas por una congresista de la agrupación fujimorista –la señora Martha Chávez– y por un particular asiduo a presentar demandas de esta naturaleza –el señor Santiago Sanguinetti– contra cuatro magistrados del Tribunal Constitucional. En tales demandas se cuestionaba la decisión de dichos magistrados quienes resolvieron que la ley de interpretación auténtica que permitía una nueva reelección presidencial era inaplicable al entonces Presidente Alberto Fujimori. La Sala Constitucional de la Corte Suprema a través de las sentencias de fechas 19 (Exp. N° 303-97) y 30 de diciembre de 1997 (Exp. N° 321-97, *El Peruano*, suplemento Jurisprudencia, Lima, 10 de noviembre de 1998, pp. 3115-3116.) sostuvo que:

“Noveno.- Que, el citado pronunciamiento o voto que declara inaplicable la Ley veintiséis mil setecientos cincuentisiete para el “caso concreto” de una nueva postulación, del Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori en el año dos mil, así como la “declaración” del magistrado Ricardo Nugent López Chávez, dándole calidad de sentencia a dicho pronunciamiento o voto irregular y el hecho adicional de autorizar su publicación en el diario oficial *El Peruano* de circulación nacional, transgrediendo asimismo el precitado artículo cuarto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que, solo faculta a su Presidente a actuar como dirimente en

(94) Ignacio Burgoa distingue los actos futuros remotos de los actos futuros inminentes. “Los primeros son aquellos que pueden o no suceder (actos inciertos), es decir, respecto de los cuales no se tiene una certeza fundada y clara de que acontezcan; por el contrario, los segundos, son los que están muy próximos a realizarse de un momento a otro, y cuya comisión es más o menos segura en un lapso breve y reducido” (BURGOA Ignacio, *ob. cit.*, p. 207).

caso de empate, implican, como se ha expresado, amenaza de violación de los invocados derechos constitucionales del actor, con lo cual guarda directa relación de causa a efecto, de manera que si ese pronunciamiento y su publicación, en las condiciones, forma y sentido en que se han dado, no se hubiera producido, no existiría amenaza de violación de los citados derechos constitucionales de la demandante de postular y votar por la persona que precisa, es decir, por el actual Jefe de Estado, ni se habría pretendido enervar las prescripciones contenidas en el primer párrafo del artículo treintinueve de las tantas veces citada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; (...).”

Como puede apreciarse se trató de un problema resuelto políticamente por la Corte Suprema para favorecer la candidatura de Alberto Fujimori pues en tal ocasión no existía una amenaza que reuniera los requisitos de certeza e inminencia. En ese entonces, ni siquiera se había convocado a elecciones generales. Por lo demás, la demanda de amparo pretendía cuestionar una decisión del Tribunal Constitucional. En la actualidad, dicho Tribunal cuenta con una sólida jurisprudencia según la cual “La amenaza de violación de un derecho constitucional se acredita cuando esta es cierta y de inminente realización; es decir, cuando el perjuicio es real, efectivo, tangible, concreto e ineludible. Se excluyen, pues, del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan a una captación objetiva” (Exp. N° 0477-2002-AA/TC, Caso María Quiróz Reyes, resuelto el 6 de noviembre del 2002).

d) Actos de tracto sucesivo. En ellos se está en presencia de una lesión en la que se unen sin solución de continuidad las categorías antes mencionadas, pues el acto se ha estado realizando (acto pasado), se viene llevando a cabo (acto presente) y seguramente seguirá realizándose (acto futuro o amenaza). A juicio de Burgoa, estos actos son “aquellos cuya realización no tiene unicidad temporal o cronológica, esto es que para la satisfacción integral de su objeto se requiere una sucesión de hechos entre cuya respectiva realización medie un intervalo determinado”⁽⁹⁵⁾. En estos supuestos, dada la unidad del acto, el objeto del amparo

(95) BURGOA Ignacio, *ob. cit.*, p. 715.

estará destinado no solo a evitar su continuación, sino también a reparar los agravios realizados en tanto ello sea posible. La Ley 23506 no se refirió a este tipo de actos. En cambio la ley complementaria (25398), aludía indirectamente a ellos al regular lo referente al plazo de prescripción (artículo 26, párrafo final⁽⁹⁶⁾). Lo mismo hace el artículo 44 inciso 3) del Código Procesal Constitucional al referirse a los "actos continuados" y a la forma de computar el plazo de prescripción en tales casos.

Para el Tribunal Constitucional los actos de tracto sucesivo "son aquellos hechos sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad que se han generado y se seguirán generando sin solución de continuidad; es decir, tienen una ejecución sucesiva, y sus efectos se producen y reproducen periódicamente" (Exp. N° 3283-2003-AA/TC, F.J. N° 4 c). Asimismo, ha sostenido que en tales supuestos no puede alegarse el vencimiento del plazo de prescripción. Así, por ejemplo, en el caso "Vilma Vásquez Rodríguez" (Exp. N° 206-2000-AA/TC, Lima, 29 de enero del 2001, publicado el 3 de setiembre del 2001, p. 4574), consideró que "no cabe invocar para el presente caso la excepción de caducidad, por cuanto se trata de un reclamo sobre materia pensionaria en la que los actos violatorios objeto de reclamo tienen el carácter de continuados, resultando de aplicación lo previsto en el artículo 26 de la Ley 25398".

2.2. En función del modo de afectación

a) Actos positivos. La lesión normalmente se lleva a cabo a través de actos comisivos, es decir, aquellos que implican un hacer, o una amenaza de hacer algo por parte del agresor. En otras palabras, se trata de determinadas conductas o actividades de una autoridad, funcionario o persona que resultan lesivas a los derechos constitucionales.

b) Omisiones. La lesión también puede producirla a través de un no hacer o una abstención, es decir, mediante una omisión del agresor. No toda omisión habilitará el empleo del amparo. Ella estará constituida por una abstención a realizar algo que el agresor "deba" cumplir. Es

(96) La indicada norma señala: "Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la última fecha en que se realizó la agresión".

decir, se trata de la omisión de un acto de cumplimiento obligatorio, que tiene ese carácter porque así lo impone el ordenamiento jurídico. La Ley 23506 se refería a la "omisión de actos de cumplimiento obligatorio" (artículo 2) y a la omisión de un "acto debido" (artículo 4). Por su parte, el Código Procesal Constitucional (artículo 2) se refiere a la "omisión de actos de cumplimiento obligatorio". El tema más polémico se presenta frente a las omisiones legislativas y su posible control a través del amparo⁽⁹⁷⁾. A nuestro juicio, ello debe ser viable siempre que exista una manifiesta violación a un derecho fundamental. En este sentido, habrá que analizar en cada caso concreto el tipo de omisión que se cuestiona. Así, por ejemplo, si se trata de una omisión o "inactividad de la administración", puede resultar útil acudir a la distinción que la doctrina administrativa efectúa entre "la omisión de un acto jurídico debido" (inactividad formal), de la "ausencia de una actuación administrativa debida (...) un no hacer o no dar" (inactividad material)⁽⁹⁸⁾. Por su parte, el Tribunal Constitucional viene utilizando otro tipo de sentencias, las exhortativas, que unidas a las "aditivas y sustitutivas"⁽⁹⁹⁾, pueden contribuir a resolver las omisiones existentes.

2.3. De acuerdo a su reparabilidad

a) Actos reparables. El acto reclamado para ser tal ha de ser reparable, es decir, solo será viable acudir en amparo si el acto cumple tal presupuesto. Debemos anotar que este concepto no alude a una posible reparación económica pues todo agravio es susceptible de ser reparado de esa manera, sino a la reparación que puede brindarse a través del proceso constitucional. Recordemos que el objeto de aquel es reponer las cosas al estado anterior a la lesión o amenaza de lesión de un derecho fundamental. Esta expresión exige, entonces, que a través del amparo se pueda "restituir al quejoso en el goce y disfrute de la situación jurídica o de la garantía contravenidas"⁽¹⁰⁰⁾.

(97) Cfr. CARPIO MARCOS Edgar, "¿Procede el amparo contra la omisión de actos legislativos?", *Anuario Jurídico*, Lima: Universidad San Martín de Porres, 1991, pp. 153 y ss.

(98) SÁNCHEZ MORÓN Miguel, "El objeto del recurso contencioso administrativo", en "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", 2ª ed., Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, p. 187.

(99) CASTILLO CORDOVA Luis, "Habeas corpus, amparo y habeas data", Lima: Ara Editores, Universidad de Piura, 2004, p. 35.

(100) BURGOA Ignacio, ob. cit., pp. 464-465. Cuando el citado autor se refiere a la expresión "garantía" la emplea como sinónimo de derecho constitucional.

b) Actos irreparables. Si el acto no es susceptible de ser reparado a través del proceso constitucional, no podrá ser tutelado en esta vía especial, tal como lo indicaba el primer inciso del artículo 6 de la Ley 23506, lo señala el artículo 5 inciso 5) del Código y lo ha desarrollado la jurisprudencia. Así por ejemplo, en el caso "Julia Medina Díaz" (Exp. N° 748-2000-AA/TC, resuelto el 18 de octubre del 2000, publicado el 4 de enero del 2002, p. 4733), se sostuvo que "considera este Tribunal Constitucional, de conformidad con la recurrida, que las violaciones a los derechos constitucionales invocados no pueden ser reparados en esta vía, cuya función no consiste en reparar daños consumados, sino en hacer retornar las cosas al estado en que estaban cuando se produjo la violación".

No obstante, pensamos que si luego de iniciado el proceso de amparo la agresión o amenaza deviene en irreparable o, incluso, si cesa por decisión voluntaria del agresor, el juez atendiendo al agravio producido podrá declarar fundada la demanda precisando los alcances de su decisión. En tal supuesto, el juez debería disponer que el demandado no vuelva a incurrir en los actos u omisiones que motivaron la interposición de la demanda. Este criterio no ha sido recogido jurisprudencialmente, salvo algunos casos excepcionales especialmente en materia de hábeas corpus. Sin embargo, nos parece importante que se acoja, ya sea a nivel legislativo o jurisprudencial, para reconocer jurisdiccionalmente que existió una lesión a un derecho fundamental y que esta no debe repetirse.

Así, por ejemplo, en España, el artículo 55 de la LOTC dispone que la sentencia que otorgue el amparo debe reconocer el derecho afectado de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado. Además, "hay casos en los que el contenido del fallo estimatorio del recurso de amparo se agota en el reconocimiento del derecho. Es el caso de lesiones cuyos efectos se han agotado de forma total en el momento de dictarse la correspondiente sentencia". Tal decisión no es simbólica pues sirve para hacer valer una pretensión indemnizatoria ante el Poder Judicial⁽¹⁰¹⁾.

(101) PÉREZ TREMPES Pablo, "Comentario al artículo 55 de la LOTC", en REQUEJO PAGÉS Juan Luis (coordinador), "Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", Madrid: TC-BOE, 2001, p. 866.

Por ello, el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional fija un criterio distinto al previsto por la derogada Ley 23506 al señalar 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". Dicho dispositivo fue aplicado por el Tribunal Constitucional en el caso (Exp. N° 0603-2004-AA/TC, F.J. 4).

"(...) al margen de que en el presente caso exista sustracción de materia por irreparabilidad de los derechos reclamados, es necesario, en atención a los fundamentos precedentes y de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, declarar fundada la demanda, no con el objeto de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales (lo cual es imposible), pero sí con el propósito de evitar que conductas como las aquí descritas se vuelvan a repetir, así como con la finalidad de individualizar las responsabilidades a que haya lugar y que (...) son tanto penales como administrativas, comprendiendo las mismas tanto al Alcalde de la Municipalidad Distrital de Bellavista como al Ejecutor Coactivo (...)"

Como puede apreciarse con la citada norma se garantizan de mejor manera los derechos fundamentales.

2.4. De acuerdo con la subsistencia de la lesión

a) Actos subsistentes. La vigencia de la lesión o su amenaza cierta e inminente es una característica del acto lesivo, conforme a los artículos 1 y 5 inciso 5) del Código Procesal Constitucional. Al momento de resolver el conflicto ha de subsistir la agresión, de lo contrario el Juez desestimará la demanda.

b) Actos no subsistentes. Si el acto reclamado no cumple con el requisito anterior, es decir, si ha cesado y carece de vigencia, la demanda será improcedente; así se pronunciaba el primer inciso del artículo 6 de la derogada Ley 23506. Sin embargo, una conclusión tan tajante como la expuesta podría evitar una adecuada tutela judicial de los afectados, pues el demandado podría dejar sin efecto la agresión luego de ser emplazado y eventualmente –con posterioridad– reiterar el acto lesivo. Por ello, creemos que deberían efectuarse algunas precisiones cuando nos referimos a los actos que han cesado y son susceptibles de repetición. En casos como estos, consideramos que el juez podría ingresar al fondo del asunto controvertido y ordenar que el demandado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda. Así lo establece el citado artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

2.5. Según la evidencia de la lesión

a) Actos de arbitrariedad manifiesta. El acto para poder ser cuestionado ha de ser manifestamente arbitrario, es decir, la lesión o amenaza al derecho fundamental debe ser indubitable, clara o evidente o, en todo caso, que la agresión pueda ser verificada a través de un breve debate probatorio, congruente con la urgencia del procedimiento del amparo. Este requisito, característico del acto lesivo en la experiencia argentina –así lo reconoce la Ley 16986 (artículo 1)–, no ha sido contemplado por nuestra ley reglamentaria. No obstante, creemos que a aquel podemos arribar a partir de una interpretación sistemática, pues la ley no contempla un periodo probatorio, lo cual denota que la demanda para prosperar o debe ser desde el inicio manifiesta o la agresión puede ser susceptible de ser acreditada en virtud de una prueba mínima.

b) Actos no manifiestos. Si el agravio imputado al acto lesivo no es manifiesto o palmario, aquel podrá ser cuestionado a través de los demás procedimientos judiciales mas no mediante la vía constitucional del proceso de amparo.

2.6. De acuerdo a su consentimiento

a) Actos consentidos. El Derecho mexicano distingue dos supuestos de consentimiento del acto reclamado, uno tácito y otro expreso⁽¹⁰²⁾. La consecuencia en ambos casos es la improcedencia del amparo. El consentimiento tácito lo constituye básicamente la denominada “caducidad” –o mejor “prescripción”–, es decir, si el afectado no interpone la demanda en el plazo establecido por la ley se entenderá que ha consentido y no podrá acudir al amparo. En cambio, el segundo supuesto sólo puede funcionar cuando el quejoso demuestra por actos indubitables su consentimiento con la lesión, en otras palabras, “cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos”⁽¹⁰³⁾.

Entre nosotros, la derogada Ley 23506 (artículo 37) solo contemplaba el plazo de “caducidad” que el Código Procesal Constitucional (artículo 44) denomina técnicamente como “prescripción”, lo cual no genera mayor discusión pues si bien quedará cerrada la vía del amparo podrá acudir a los demás procesos judiciales. Cabe indicar que el Tribunal Constitucional también califica a dicho plazo como uno de prescripción (Exp. N° 1049-2003-AA/TC y Exp. N° 3283-2003-AA/TC).

En cambio, no se ha previsto el caso de un consentimiento expreso. No obstante ello, el Tribunal Constitucional –en ese entonces conformado por los magistrados Acosta Sánchez, Díaz Valverde, Nugent y García Marcelo– introdujo sin justificarlo adecuadamente una causal de consentimiento expreso al señalar en el caso “Ricardo Emiliano Ipanaque Campos” (Exp. N° 383-1997-AA/TC, resuelto el 29 de setiembre de 1998) que:

“(…), como ya es doctrina uniforme de este colegiado, el hecho de que el demandante haya cobrado el pago por concepto de beneficios sociales, y en el caso de autos, el pago de la indemnización extraordinaria por haber sido declarado

(102) El artículo 73 de la ley de amparo mexicana dispone que aquel es improcedente: “contra actos consentidos expresamente o por manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento” (fracción XI), y “contra actos consentidos tácitamente, entendiéndose por tales aquellos contra los que no se promueva el juicio de amparo dentro de los términos que se señalan en los artículos 21, 22 y 218” (fracción XII).

(103) GÓNGORA PIMENTEL Genaro, *ob. cit.*, p. 124.

excedente, (...); exime a este colegiado tener que pronunciarse sobre el fondo de la pretensión, pues el vínculo laboral ha quedado disuelto”.

Esta tesis ha sido ratificada por los actuales magistrados del Tribunal Constitucional en una sentencia del 5 de julio del 2004 (Exp. N° 0090-2004-AA/TC, Caso Juan Carlos Callegari Herazo), al precisar que el demandante, oficial de la Fuerza Aérea del Perú, pasado a retiro por la causal de renovación de cuadros “ha cobrado su compensación por tiempo de servicios (...); por tal motivo, conforme lo ha señalado en forma reiterada este colegiado, al haber cobrado sus beneficios sociales, (...) ha consentido plenamente la ruptura del vínculo laboral con la empleada, razón por la cual carece de sustento la demanda y debe ser desestimada”.

No compartimos este criterio. En primer lugar, pues esta causal de improcedencia carece de base legal en la medida en que nunca fue prevista por la entonces vigente Ley 23506 –por lo demás, tampoco la contempla el Código Procesal Constitucional–. Como ha dicho el propio Tribunal Constitucional en otra oportunidad, la ciudadanía “se rige por el principio de que aquello que no está prohibido, está permitido” (Exp. N° 0013-2003-CC/TC, F.J. N° 10.6); en consecuencia, no puede aplicarse una sanción –la improcedencia– por hacer algo que no está prohibido por la Ley de Amparo. Así, lo reconoce el artículo 2, 24, a) de la Constitución. En segundo lugar, resulta cuestionable aceptar el consentimiento respecto a la lesión de un derecho fundamental. Por ello, consideramos que dicho criterio debería ser modificado.

b) Actos no consentidos. Si no está presente el supuesto de haberse vencido el término establecido para interponer la demanda previsto por el artículo 44 del Código Procesal Constitucional –el consentimiento expreso no ha sido regulado–, podrá acudirse al proceso de amparo.

3. Ausencia o agotamiento del procedimiento administrativo previo. La vía igualmente satisfactoria introducida por el Código

Al abordar la naturaleza del amparo, es frecuente en la doctrina afirmar que se trata de un remedio excepcional, residual y –como señala un autor argentino– hasta “heroico”, pues si existen vías distintas

(administrativas o judiciales) para proteger los derechos afectados, el amparo no debe proceder. Aunque reconocemos que se trata de opciones distintas, se puede apreciar que el Derecho mexicano aborda esta problemática a partir del llamado “principio de definitividad”, el Derecho argentino lo hace a partir de lo que se conoce como la doctrina de las vías previas y las vías paralelas, en Colombia se reconoce el carácter subsidiario de la tutela, mientras que en España se habla del “principio de subsidiariedad”.

ii. Por su parte, el ordenamiento peruano, ha tomado posición al respecto distinguiendo la procedencia del amparo cuando existen procedimientos administrativos para reparar el acto lesivo a los derechos constitucionales, de la presencia de otros procesos judiciales (civiles, laborales, administrativos) que puedan tutelar al justiciable. Tal situación ha cambiado sustancialmente con la vigencia del Código Procesal Constitucional, aspectos que desarrollaremos en detalle en el capítulo cuarto.

3.1. Agotamiento de la vía administrativa

El artículo 27 de la derogada Ley 23506 y el artículo 45 del Código Procesal Constitucional disponen que solo procede acudir al amparo si se han agotado las vías previas, es decir, el procedimiento administrativo previsto legalmente para impugnar el acto lesivo cometido por la Administración. El citado Código agrega que en caso de duda se preferirá dar trámite a la demanda de amparo.

Esta regla tiene cuatro excepciones que han sido reguladas por el artículo 46 del Código Procesal Constitucional que permiten acudir al amparo sin agotar la vía administrativa cuando: a) una resolución que no es la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; b) el agotamiento de la vía previa pudiera convertir en irreparable la agresión; c) la vía previa no se encuentra regulada, o ha sido iniciada sin existir obligación de hacerlo; o d) no se resuelve la vía previa en los plazos establecidos.

3.2. Del amparo alternativo al amparo residual

El artículo 6 inciso 3) de la derogada Ley 23506 disponía que no procede el amparo “cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria”. La doctrina y jurisprudencia nacional asimilaron dicha

expresión a lo que la experiencia argentina denomina “vías paralelas”. Se ha entendido por vía paralela a todo proceso judicial distinto al amparo (civil, laboral, etc.) que puede proteger el derecho constitucional afectado. Además, la jurisprudencia interpretó que la Ley 23506 reconoce un derecho de opción para el demandante quien puede escoger entre presentar un amparo o acudir a la vía paralela. En todo caso, si el afectado acudía a la vía paralela ya no podrá interponer una demanda de amparo.

El Código Procesal Constitucional introdujo un cambio trascendental pues ha diseñado al amparo como un mecanismo excepcional o residual. En efecto, dispone que no podrá ser utilizado cuando exista otra vía judicial igualmente efectiva que proteja los derechos amenazados o vulnerados (artículo 5 inciso 2).

4. Plazo de prescripción

4.1. De la caducidad a la prescripción

La derogada Ley 23506 estableció un plazo al que denomina de “caducidad” para interponer la demanda de amparo que, en estricto, debió llamarse de prescripción –tal como lo hace el artículo 44 del Código Procesal Constitucional– pues luego de vencido este se extingue la pretensión de amparo, mas no el derecho que podrá ser tutelado a través de otra vía procesal⁽¹⁰⁶⁾. Ello se debe a la ausencia de un interés para obrar en el demandante. Y es que, como bien señala Juan Monroy, si “el derecho le concedió un plazo para que exija la satisfacción de su pretensión, se presume que vencido este, ha desaparecido el interés en satisfacer judicialmente su pretensión”⁽¹⁰⁷⁾.

Este criterio ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional al sostener que “el plazo indicado en el artículo 37 de la Ley 23506 no es un plazo de caducidad, sino un plazo de prescripción, pues su transcurso no extingue el derecho constitucional agraviado sino, simplemente, cancela la posibilidad de utilizar la vía procesal urgente del amparo para su

protección” (Exp. N° 1049-2003-AA/TC, Caso Etselfa S.R.L., sentencia de 30 de enero del 2004, publicada en el diario oficial el 13 de abril del 2004, p. 6023 y Exp. N° 3283-2003-AA/TC-Junín, Caso Taj Mahal Discoteque y otra).

Las razones que justifican la existencia de dicho término guardan relación con el respeto al valor seguridad jurídica y a la naturaleza excepcional del amparo⁽¹⁰⁸⁾. Aquel, además, ha sido previsto por las legislaciones de México, Argentina⁽¹⁰⁹⁾ y España; aunque existen autores –cuya posición no compartimos– que consideran que no debería existir un plazo⁽¹¹⁰⁾.

Lo anterior no significa que la lesión permanezca impune, sino que luego de vencido el término establecido no podrá acudirse al amparo pues el agraviado deberá buscar la protección a sus derechos en los restantes procesos establecidos (civiles, contencioso-administrativos, laborales, etc.). Así lo dispone el artículo 44 del Código Procesal Constitucional al establecer como regla general que el plazo será de sesenta días hábiles y de treinta si se cuestiona una resolución judicial.

4.2. Criterios para el cómputo del plazo

Es de suma importancia determinar a partir de cuándo empieza el cómputo de este plazo. La Ley 23506, como la norma complementaria, disponía que aquel se inicia a partir de “producida la afectación”. Ello aludía tanto a los actos positivos, es decir, actos comisivos que implican un hacer del agresor, y a las omisiones (no hacer), pues la “afectación” puede producirse tanto por una acción como por una abstención en los términos ya mencionados. Sin embargo, ¿sucede lo mismo tratándose de las amenazas si aún no se ha producido la afectación? En tal supuesto ella no se ha llevado a cabo pues precisamente la amenaza constituye un acto futuro, aunque de cierta e inminente ejecución. Como esto es así, entendemos que en tales casos no podrá efectuarse el cómputo del plazo.

(106) Sienta opinión contraria CASTILLO CORDOVA Luis, ob. cit., p. 214.

(107) MONROY GALVEZ Juan, “Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano”, en “La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos”, Lima: Comarid, 2002, p. 361.

(106) SAGÜÉS Néstor Pedro, ob. cit., p. 262.

(107) En dicho país, algunos autores consideran que el plazo ha sido derogado por lo dispuesto por la reforma constitucional de 1994. Cfr. CASCO Javier C., “Tres posturas sobre la no vigencia del plazo de caducidad en la Ley de Amparo nacional”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, T. 2003-B, pp. 1400 y ss.

(108) Así lo sostiene Luis HUERTA GUERRERO, “La jurisdicción constitucional en el Perú. Un balance sobre su desarrollo en el 2003”, Revista Jurídica del Perú, Trujillo, N° 55, 2004, p. 49.

Aquel solo se iniciará cuando la amenaza deje de ser tal, es decir, cuando ella se ejecute, o en otras palabras cuando se produzca la agresión. Esta interpretación resulta más coherente con el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales⁽¹⁰⁹⁾. El Código Procesal Constitucional (artículo 44) incorpora seis reglas especiales para el cómputo del citado plazo en función de los diversos tipos de actos lesivos (acciones, actos continuados, amenazas u omisiones).

Debemos indicar que el término ha de computarse desde que el acto reclamado sea firme y definitivo, en otras palabras, luego de haberse agotado las vías previas correspondientes, incluyendo el supuesto en el que se ha hecho uso del silencio administrativo. Así lo ha determinado la jurisprudencia desde hace mucho tiempo, por ejemplo, en el amparo interpuesto por el inte. gral. FAP Hardy Montoya Álvarez resuelto por la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema el 23 de diciembre de 1987 (El Peruano, 10 de enero de 1998) y lo precisa el Código Procesal Constitucional (artículo 44 inciso 6).

En tal ocasión ante un supuesto de silencio administrativo el afectado interpuso demanda de amparo. La Corte, reiterando un criterio ya esgrimido en sentencias anteriores sostuvo que “en la situación anotada (...), no hay inicio del término de caducidad de la acción y en el supuesto que hubiese duda al respecto (...) habría que aplicar el criterio más favorable a la persona presuntamente agraviada por la violación de derechos constitucionales”. Esta interpretación fue ratificada por el Tribunal Constitucional, en el caso Jorge Alarcón Menéndez, cuando sostuvo que “el administrado, transcurrido el plazo para que la Administración resuelva el recurso impugnativo interpuesto, tiene la potestad de acogerse al silencio administrativo –y así acudir a la vía jurisdiccional– o de esperar el pronunciamiento expreso de la Administración” (Exp. N° 1003-98-AA/TC, resuelto el 7 de agosto del 2002 y publicado el 22 de setiembre del mismo año).

El Tribunal Constitucional ha desarrollado los alcances del plazo de “caducidad” o de prescripción en el caso Isaac Gamero Valdivia (Exp. N° 1109-2002-AA/TC, resuelto el 6 de agosto de 2002, y publicado en

El Peruano –Garantías constitucionales– el 18 de noviembre de 2002, p. 5544), cuando entendió que:

“a) No procede alegar la caducidad (...) cuando el accionante se encontró impedido de ejercer su derecho de acción, (...), en virtud del mandato expreso de una norma legal, dado que mientras la misma no sea removida, la inexistencia de un recurso idóneo no puede implicar la convalidación de un acto atentatorio de los derechos fundamentales. (...), dicho plazo se computará desde la remoción del impedimento.

b) En todos los demás casos en que la afectación o amenaza de afectación de derechos fundamentales deriva de la aplicación de una norma legal o acto administrativo, y no existe impedimento legal alguno para la interposición de la demanda, su impugnación debe realizarse dentro del plazo de sesenta días hábiles conforme lo establece el artículo 37 de la Ley N° 23506.

c) En ningún caso puede pretenderse que el supuesto contenido en el apartado a) del presente fundamento haga referencia a un supuesto correspondiente a actos continuados de afectación de derechos fundamentales, sino única y exclusivamente a la falta de un recurso adecuado”.

Asimismo, el Tribunal en el caso “Eteselva S.R.L.” (Exp. N° 1049-2003-AA/TC, sentencia de 30 de enero del 2004), sostuvo que “los días transcurridos durante la huelga del Poder Judicial no deben ser incluidos en el cálculo del plazo para la interposición de la demanda de amparo, en la hipótesis de una duda interpretativa, puede igualmente ratificarse en dicho parecer, toda vez que, en virtud del principio *pro actione*, la decisión igualmente debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción”.

De esta manera, se estableció un equilibrio razonable entre la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva, a través del amparo, y el plazo de prescripción que exige la ley precisando que no puede iniciarse el cómputo del mismo si el agraviado estaba impedido legalmente de

(109) Una opinión cuartaria ha sido esgrimida por Luis CASTILLO CORDOVA, *ob. cit.*, p. 218.

interponer su demanda y que en caso de duda se debe interpretar a favor de la continuación del proceso.

En otras oportunidades, el Tribunal ha efectuado interpretaciones que han conducido a ampliar el plazo existente. Esto ocurrió en el caso Juan Samillán Pérez Vargas, resuelto el 25 de julio de 2002 (Exp. N° 644-2001-AA/TC, publicado el 21 de noviembre de 2002, *El Peruano* –Garantías constitucionales–, pp. 5552-5553).

“3. (...) el hecho de que la presente demanda haya sido interpuesta recién con fecha 3 de octubre de 2000, aun cuando el acto cuestionado como arbitrario se denuncia como producido en el año 1995, no significa que la demanda per se resulte improcedente por razones de caducidad, (...). Este Tribunal, (...), estima que la situación de caducidad (...) no es tal si se considera lo siguiente: a) aunque el acto de suspensión en el cargo del recurrente data del 31 de octubre de 1995, (...), el mismo demandante recurrió a la vía administrativa en la forma y tiempo oportunos, e incluso, a la vía judicial constitucional mediante un amparo anterior que culminó con sentencia de fecha 31 de agosto de 2000, notificada el 7 de setiembre de 2000, (...); b) el término de caducidad quedó suspendido no solo por el hecho de que el recurrente haya transitado por las vías administrativa y judicial enunciadas, sino, (...), porque el proceso de amparo anterior culminó en forma desestimatoria, no originando, en consecuencia, cosa juzgada alguna conforme lo previsto en el artículo 8 de la Ley N° 23506; a lo que se suma el hecho de que el citado pronunciamiento judicial dejó a salvo el derecho del demandante para que lo haga valer en la vía pertinente; c) entre la fecha comprendida entre el día de notificación de la sentencia del proceso de amparo anterior y la fecha de interposición del presente proceso constitucional, no han transcurrido los 60 días hábiles (...)”.

No compartimos el criterio del Tribunal. Si bien consideramos que el plazo previsto se suspende cuando se inicia la vía previa, ello no ocurre cuando se interpone y rechaza una anterior demanda de amparo. Sostener lo contrario haría interminables los procesos de amparo que culminan con sentencia desestimatoria pues nunca –o muy pocas veces–

vencería el plazo de sesenta días y, además, se desdibujaría el concepto de la cosa juzgada.

5. Exclusiones constitucionales: ¿causas no justiciables?

De acuerdo al artículo 200 inciso 2) de la Constitución, el amparo procede contra el hecho o la omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza derechos distintos a la libertad individual y a los que son tutelados por el hábeas data. La Carta agrega que no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular. A nuestro juicio, no resulta conveniente que a nivel constitucional se establezcan estas causales de improcedencia. Creemos, que ello debió estar sujeto a una opción legislativa.

5.1. Resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura

El artículo 142 de la Constitución, dispone que “no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”. De esta manera, se trató de establecer zonas exentas de control judicial, asumiendo en el plano constitucional que determinados actos constituyen “causas no justiciables”, doctrina que en la actualidad se encuentra en franco retroceso.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha interpretado que es posible interponer –y declarar fundada– una demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura en un proceso de ratificación en determinados supuestos. Esto puede ocurrir si dicha ratificación se realizó sin respetar el plazo establecido por la Constitución, por ejemplo, cuando esta se llevó a cabo pese a que el magistrado no había cumplido siete años en el ejercicio de la función (caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos, Exp. N° 2409-2002-AA/TC, *El Peruano* –Garantías constitucionales– 10 de diciembre de 2002, p. 5648; caso César José Hinostroza Pariachi, Exp. N° 065-2003-AA/TC, *El Peruano* –Garantías constitucionales– 5 de abril de 2003, p. 6101; caso Raúl Sebastián Rosales Mora, Exp. N° 216-2003-AA/TC, *El Peruano* –Garantías constitucionales– 25

de abril de 2003, p. 6171)⁽¹¹⁰⁾. Así, además, lo había recomendado la Defensoría del Pueblo, en su Resolución Defensorial N° 038-2002/DP de 28 de noviembre del 2002. Pero también el Tribunal Constitucional ha declarado fundadas las demandas de amparo interpuestas en aquellos casos en que el CNM no concedió las entrevistas previstas legalmente a los magistrados no ratificados, aunque sin disponer su reposición (caso Walter Julio Peña Bernaola, Exp. N° 2859-2002-AA/TC; caso Rosa Mercedes Rolando Ramírez, Exp. N° 2952-2002-AA/TC).

Inicialmente, cuando se cuestionó la falta de respeto al debido proceso de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura, el Tribunal consideró que “las decisiones de no ratificación y de ratificación no están sujetas a motivación” (Caso Luis Felipe Almenara Bryson, Exp. N° 1941-2002-AA/TC, El Peruano –Garantías constitucionales– 20 de marzo de 2003, pp. 5994-5998). Este criterio no fue compartido por el entonces magistrado Aguirre Roca, quien en su voto singular recaído en el caso Eliana Arango Sánchez (resuelto el 11 de noviembre del 2003, Exp. N° 2800-2003-AA/TC) consideraba que en las ratificaciones no pueden estar ausentes “las garantías del *debido proceso* y de la motivación escrita de las resoluciones, con mención expresa de los fundamentos de hecho en que se sustentan (...)”.

Por su parte, el inciso 7) del artículo 5 del Código Procesal Constitucional a fin de evitar interpretaciones que establezcan zonas exentas de control, estableció que no proceden los procesos constitucionales si se cuestionan “las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado”. De esta manera, a partir de su vigencia queda claro que sí procede el amparo cuando las resoluciones de ratificación no respetan el debido proceso. Esto condujo a que el Tribunal Constitucional, a través de su sentencia del 12 de agosto del 2005, cambie de criterio y admita las demandas de amparo contra las resoluciones de no ratificación que lesionan la tutela procesal efectiva. Dicho criterio vinculante fue expuesto en el caso Jaime Amado Álvarez Guillén (Exp. N° 3361-2004-AA/TC).

(110) En diálogo con la Jurisprudencia, Lima: Gaceta Jurídica, N° 23, enero 2003, pueden consultarse diversos artículos sobre la polémica ratificación de jueces y fiscales.

5.2. Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones

Tratándose del cuestionamiento de resoluciones dictadas por el Jurado Nacional de Elecciones, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “aun cuando de los artículos 142 y 181 de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio solo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución” (caso Juan Genaro Espino Espino, Exp. N° 2366-2003-AA/TC). Este criterio contó con un mayor desarrollo en los casos Pedro Lizama Puelles (Exp. N° 5854-2005-PA/TC) y Arturo Castillo Chirinos (Exp. 2730-2006-PA/TC).

El citado precedente deja de lado una interpretación literal de lo dispuesto por el artículo 142 de la Constitución, pues permite el control a través del amparo de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. Cabe recordar que la versión original del inciso 8) del artículo 5 del Código Procesal Constitucional establecía que no proceden los procesos constitucionales cuando “se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva”. Es decir, autorizaba la procedencia del amparo en determinados supuestos. Posteriormente, la Ley 28642 modificó el citado inciso para prohibir el amparo en materia electoral, lo cual motivó la presentación de una demanda de inconstitucionalidad que fue declarada fundada por el Tribunal Constitucional y condujo a la expulsión del ordenamiento jurídico de la causal de improcedencia dispuesta por la Ley 28642 (Exp. N° 007-2007-PI/TC), tal como analizaremos en detalle en el capítulo octavo del presente libro.

5.3. Cuestiones políticas no justiciables

La doctrina de las *political questions* nace en el Derecho norteamericano cuando se inicia el control de constitucionalidad de las leyes en el famoso caso “Marbury vs. Madison” (1803). Conforme a dicha doctrina la revisión judicial o el control constitucional no puede afectar “las atribuciones políticas y privativas de los órganos fiscalizados por

los jueces⁽¹¹¹⁾, es decir, se trataba de una suerte de autocontrol judicial para no afectar las funciones que corresponden a los restantes poderes y que en la actualidad se encuentra en franco retroceso.

Una de las pocas ocasiones, en las cuales el Tribunal Constitucional aludió a la existencia de "causas no justiciables", fue cuando resolvió la demanda de amparo interpuesta por el Frente Obrero Campesino Estudiantil y Popular contra el Decreto Supremo 011-99-PCM. Dicho decreto estaba referido a la transferencia en propiedad privada y a título gratuito de un terreno de un kilómetro cuadrado ubicado en Tiwinza al Ecuador, en cumplimiento de los acuerdos con dicho país destinados a resolver el problema limítrofe existente. En tal oportunidad el Tribunal (Exp. N° 1297-1999-AA/TC, El Peruano -Garantías constitucionales- 29 de agosto de 2002, p. 5270) sostuvo que:

"2. (...) tratándose de un supuesto de transferencia de propiedad del Estado peruano a otro, el tema en cuestión es susceptible de observarse a la luz de dos consideraciones distintas: la cuestión política y la cuestión jurídica. En relación con la cuestión política, la doctrina y la jurisprudencia comparada es casi uniforme en señalar que la circunstancia y oportunidad de una decisión política directamente vinculada con las relaciones internacionales y la búsqueda de la paz entre los pueblos, así como su desarrollo, no están sujetos a un control jurisdiccional, sino a la estimación de la opinión pública; por ende, la historia y el veredicto ciudadano expresado en las urnas, entre otros caminos, son los instrumentos por donde se viabiliza el control de dicha cuestión política".

De esta manera, el Tribunal entendió que en la medida que el cuestionado decreto era una consecuencia de las negociaciones del gobierno peruano con el Ecuador para solucionar un problema limítrofe, se trataba de una decisión política que no era susceptible de control jurisdiccional y por ello rechazó la demanda interpuesta. Es decir, estaba ante una típica "cuestión política no justiciable". Es preciso reconocer que lo que

(111) SAGÜES Néstor Pedro. "El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial", Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, pp. 285-286.

no se permite es que el Tribunal realice un control político de una decisión, lo que no impide efectuar una evaluación jurídica de la misma, por ejemplo, si se tratara de un decreto "secreto", obviamente sería inconstitucional.

Incluso, los propios actos o decisiones del Congreso -sin valor de ley- pueden ser objeto de control a través del amparo, tal como lo reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 31 de enero de 2001 al examinar el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional que fueron arbitrariamente destituidos por el Congreso por pronunciarse en contra de la ley que permitía una nueva reelección presidencial⁽¹¹²⁾.

5.4. ¿Y los regímenes de excepción?

La Constitución (artículo 137) regula dos modalidades del régimen de excepción: estado de emergencia y estado de sitio, este último hasta el momento no ha sido declarado. Ambos son decretados por el Presidente de la República por plazo determinado, en todo o en parte del país, dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente.

El estado de emergencia puede declararse en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. Durante su vigencia puede restringirse o suspenderse el ejercicio de cuatro derechos: a no ser detenido salvo mandato judicial o flagrante delito (artículo 2, 24, f), la libertad de transitar (artículo 2 inciso 11), la inviolabilidad del domicilio (artículo 2 inciso 9) y de reunirse (artículo 2 inciso 12). El estado de sitio, en cambio, puede declararse en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende.

En el Perú a lo largo de la vigencia de estos regímenes de excepción se han suscitado diversos excesos. Incluso, durante mucho tiempo se interpretó que durante los estados de emergencia no podían utilizarse

(112) Así lo recuerda Christian DONAYRE MONTESINOS: "El margen de acción del juez constitucional frente a los actos calificados como políticos. Del control de los actos discrecionales por la jurisdicción constitucional al examen de la constitucionalidad de los actos políticos", Actualidad Jurídica, Lima: Gaceta Jurídica, N° 149, abril 2006, p. 150.

los procesos de hábeas corpus y amparo. Por ello, el artículo 200 de la Constitución de 1993, recogiendo lo dispuesto por la Ley 25398 (artículo 29), señaló que durante un régimen de excepción no se suspende la vigencia de los procesos de hábeas corpus y amparo; agregando que cuando se interponen tales procesos “en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo”.

Sin embargo, aún diversas autoridades desconocen sus alcances, tal como lo ha informado la Defensoría del Pueblo⁽¹¹³⁾. Así, por ejemplo, la Prefectura de la Región de Loreto el 29 de mayo del 2003, amparándose en el estado de emergencia, emitió el Comunicado N° 004-03/P-LORE, señalando que “todas las instituciones públicas o privadas que deseen realizar cualquier actividad o reunión con el propósito de captar fondos para sus fines” deberán solicitar autorización previa a la Prefectura, Subprefectura o tenencias gobernaciones. “De igual forma las empresas dedicadas al rubro de tragamonedas, *night clubs*, discotecas u otros centros de diversión y/o esparcimiento similares, deberán proceder de la misma forma (...)”.

Por ello, el artículo 23 del Código Procesal Constitucional ha precisado los alcances del principio de razonabilidad, indicando que aquel se desconoce cuando, “tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción”. Y respecto al principio de proporcionalidad indica que procede el hábeas corpus y el amparo “si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado, atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez”. En consecuencia, incluso durante la vigencia del estado de emergencia procede al amparo para verificar, por ejemplo, si la prohibición de una manifestación resulta razonable y proporcional. No estamos, pues, ante un caso no justiciable. Así lo interpretó el Tribunal Constitucional al declarar fundada la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo

contra la Ley 24150 que regulaba el funcionamiento de los entonces denominados Comandos Políticos Militares durante un régimen de excepción (Exp. 0017-2003-AI/TC), al afirmar que una de las características centrales de tales regímenes es el “control jurisdiccional expresado en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona, y en el cumplimiento del *iter* procedimental exigido por la Constitución para establecer su decretamiento” (F.J. 18 i).

No sucedería lo mismo si se tratara de cuestionar jurisdiccionalmente el decreto por razones materiales y no formales –pues en este caso sin duda cabría el control– que declara un régimen de excepción, pues de acuerdo al último párrafo del artículo 200 de la Constitución “no corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”. Una ausencia total del control en estos casos no nos parece lo más aconsejable. Evidentemente el Presidente tiene un margen de discrecionalidad para declarar un régimen de excepción, pero creemos que tal discrecionalidad no debe ser absoluta. En ese sentido, compartimos lo expuesto por la Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo, en su sentencia C-466, octubre 18/95, magistrado ponente Carlos Gaviria, cuando consideró que el Decreto 1370 del 16 de agosto de 1995, que declaró el estado de conmoción interior, resultaba inconstitucional, estableciendo así límites a la discrecionalidad presidencial cuando se declara un estado de excepción⁽¹¹⁴⁾.

(113) DEFENSORÍA DEL PUEBLO, “Restricción de derechos en democracia. Supervisando el estado de emergencia”, serie Informes Defensoriales N° 76, Lima, 2003.

(114) El texto de la citada sentencia puede consultarse en CEPEDA ESPINOSA, Manuel José, *ob. cit.*, pp. 988 y ss.