

CONCURSOS JURÍDICOS

Trabajos ganadores edición 2011

Tercer Concurso de Investigación
Jurídica de la Jurisprudencia Nacional

Tercer Concurso Nacional
de Ensayos Jurídicos



CONCURSOS JURIDICOS - TRABAJOS GANADORES EDICIÓN 2011.
Tercer Concurso Nacional de Ensayos Jurídicos
Tercer Concurso de Investigación Jurídica de la Jurisprudencia Nacional

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Jr. Camaná N° 669, Lima 1, Perú
Teléfonos: (51-1) 428-0300 / 428-0265
Fax: (51-1) 428-0219
Internet: www.amag.edu.pe
E-mail: postmast@amag.edu.pe

ÓRGANO RECTOR

Dr. Francisco Távara Córdova
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Carlos Ramos Heredia
Vicepresidente del Consejo Directivo

Dr. Víctor Prado Saldarriaga
Consejero

Dr. Duberli Rodríguez Tineo
Consejero

Dr. Gonzalo Chávarry Vallejos
Consejero

Dr. Gastón Soto Vallenar
Consejero

Dr. César Paredes Vargas
Consejero

Dr. Luis Miguel Iglesias León
Secretario del Pleno del Consejo Directivo.

ÓRGANO EJECUTIVO

Dr. Pedro P. Grández Castro
Director General

Dr. José Pérez Duharte
Director Académico

Lic. Miguel Angel Stucchi Britto
Secretario Administrativo

Las opiniones expresadas en esta publicación pertenecen a sus autores, y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Academia de la Magistratura.

Prohibida la reproducción de este libro, por cualquier medio, total o parcialmente, sin la autorización por escrito de la Academia de la Magistratura.

Derechos reservados. D.Leg. N° 822.

Primera edición, Lima, Perú, diciembre de 2011

1,000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2011-16137

ISBN N° 978-9972-779-336

Corrección de estilo: Helena Karina Díaz Salcedo de Flores

Cuidado de la edición: Sara Chávez Urbina

Diseño, diagramación: Diana Patrón Miñán / Christian Castañeda

Impresión: RAPIMAGEN S.A.

Jr. Callao 465 of. 201 Lima 01

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	5
TERCER CONCURSO NACIONAL DE ENSAYOS JURÍDICOS 2011	7
PRIMER PUESTO	9
Medios de comunicación y vulneración del derecho a la presunción de inocencia.	
Dr. MANUEL JAVIER LÓPEZ MÉNDEZ	
SEGUNDO PUESTO	43
El derecho de reposición laboral con la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT). Un análisis de las sentencias el Tribunal Constitucional sobre el derecho de reposición de los trabajadores frente a despidos inconstitucionales y sobre la puesta en vigencia de la NLPT como un mecanismo de protección laboral.	
Dr. RENÉ SANTOS CERVANTES LÓPEZ	
TERCER PUESTO	87
Los conceptos de intereses difusos y colectivos, notas para un estudio preliminar.	
Dr. ARNALDO RAMOS LOZADA	
TERCER CONCURSO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL 2011	133
PRIMER PUESTO	135
La aplicación de los supuestos de procedencia del recurso de agravio constitucional por el Tribunal Constitucional ¿Interpretación o reforma constitucional?.	
Dr. EDUARDO JESÚS MEZA FLORES	
SEGUNDO PUESTO	211
El derecho a la protección de datos como un derecho fundamental autónomo.	
Dr. LUIS GIANCARLO TORREBLANCA GONZALES	
TERCER PUESTO	283
Apuntes sobre los crímenes de lesa humanidad ¿Infracción del principio de legalidad o redimensionamiento de la interpretación constitucional extensiva?.	
Dr. EDWIN VILMER FIGUEROA GUTARRA	

► Presentación

La Academia de la Magistratura, en cumplimiento de sus objetivos definidos por la Constitución Política, orienta sus políticas en la formación académica de los aspirantes a la magistratura, la capacitación para los ascensos de los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, la actualización y perfeccionamiento de los miembros de ambas Instituciones, así como propender a su formación académica en determinadas temáticas de especialización, propiciando su formación ética y jurídica, su conciencia creadora y la permanente reflexión sobre el rol que le compete asumir al servicio de la justicia en el proceso de desarrollo del país.

La actual gestión de la Academia de la Magistratura (AMAG), tiene el propósito de consolidar su posicionamiento como el centro de formación y capacitación de jueces y fiscales, líder en la excelencia académica e investigación en Iberoamérica y, precisamente en el marco de los lineamientos de la AMAG para estimular la investigación y producción intelectual de los jueces y fiscales de todos los niveles y especialidades de la magistratura peruana, se ha realizado la convocatoria de la Tercera Edición del Premio Nacional de Investigación Jurídica “Academia de la Magistratura”, Tercer Concurso Nacional de Ensayos Jurídicos 2011, teniendo como objetivo promover el desarrollo de investigaciones, estudios y análisis sobre temas jurídicos innovadores de relevancia actual para la administración de justicia.

Asimismo, se realizó la convocatoria de Tercera Edición del Concurso de Investigación Jurídica de la Jurisprudencia Nacional 2011, con el propósito de promover el análisis de la jurisprudencia nacional. El Premio de Investigación Jurídica de la Jurisprudencia Nacional constituye un agente de motivación para la investigación y generación de aportes científicos jurídicos a partir del estudio de la jurisprudencia nacional.

Atendiendo la convocatoria nacional, fueron presentados estudios de investigación a cargo de jueces y fiscales, quienes evidenciaron perfecta compatibilidad entre el desarrollo de sus funciones jurisdiccionales y fiscales, con la investigación jurídica y producción intelectual. Por tanto, la delicada misión del Jurado Calificador, conformado por juristas de reconocido prestigio, fue muy exigente para seleccionar los trabajos ganadores que se publican para divulgación ante la comunidad jurídica nacional e internacional.

Concluidas las etapas del riguroso proceso de selección, expresamos nuestro agradecimiento a todos los participantes de estas convocatorias, en especial a los magistrados ganadores de esta actividad de investigación y hacemos llegar nuestro reconocimiento y gratitud a los miembros del Jurado Calificador, quienes haciendo una pausa en sus actividades cotidianas en sus respectivos Despachos, han sumado esfuerzos para el estudio, análisis y selección de los trabajos ganadores que aquí se presentan, como aporte al sistema de justicia peruano.

Francisco Távara Córdova
Juez de la Corte Suprema de Justicia de la República
Presidente de la Academia de la Magistratura

3

TERCER CONCURSO NACIONAL DE ENSAYOS JURÍDICOS 2011

El Comité Evaluador estuvo conformado por:

En representación del Consejo Directivo de la AMAG:

Dr. Carlos Ramos Heredia, quien lo presidió.

Dr. César Paredes Vargas, con dispensa otorgada por la Presidencia.

Por el Comité Consultivo de la AMAG:

Dr. Juan Monroy Galvez.

Por los Juristas:

Dr. Mario Castillo Freyre.

► La Academia de la Magistratura expresa su agradecimiento a los señores integrantes del Comité Evaluador, por su invaluable apoyo y distinguida participación que ha permitido el éxito de este Concurso.

► PRIMER PUESTO

MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Dr. MANUEL JAVIER LÓPEZ MÉNDEZ

9

Fiscal Provincial de la Fiscalía Penal Corporativa de Ascope. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Trujillo y egresado del Programa de Doctorado de dicha casa de estudios. Autor de artículos publicados en periódicos y revistas jurídicas en materia de Derecho Penal y Civil.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con el desarrollo de la tecnología, afianzado por el proceso de globalización, los medios de comunicación se han encumbrado como un nuevo poder que domina y está presente día a día en nuestras sociedades. A partir de 1980 se han constituido como el “cuarto poder” y desde principios del 2000 se han transformado en el vértice del poder actual que corre de la mano con la sociedad de la información. Obviamente el Perú no es ajeno a ello. Con la incorporación de las innovaciones tecnológicas comunicativas, nuestro país, como ocurre en todo el mundo, se constituyó en una sociedad mediática. Sin embargo, dicho poder al carecer de regulación o si ésta existía era deficiente, condujo a que los medios de comunicación –llámense televisión, prensa, radio y ahora internet– cayeran en el libertinaje, que en el campo específico de la información criminal se tradujo en morbo y que, muy bien explotado por los dueños de los canales de televisión y de los periódicos, les produjo pingües ganancias.

Por ello, los periodistas compiten por obtener y publicar el máximo de datos sobre la investigación, donde no es raro ver que se exponen las imágenes de los detenidos a través de la televisión, a quienes incluso se les entrevista, y se publican sus fotos y sus nombres en los periódicos, los mismos que aparecen engrillados y con los objetos del delito; con ello se vulnera la presunción de inocencia, lo que significa un retroceso en el Derecho Penal moderno y dichas personas son condenadas anticipadamente, lo que en ocasiones es más gravosa que la misma pena, máxime cuando muchas veces son menores de edad.

La violación de la presunción de inocencia –conforme a las investigaciones sobre el tema– ha dado paso a los “juicios paralelos” o “juicios mediáticos” que constituyen una interferencia en la actuación del sistema penal, y que proclama conclusiones o sentencias antes de investigar y sin previo juicio, y que convierte a los medios en jueces y tribunales, suplantando o desplazando al Ministerio Público en las investigaciones, en una suerte de linchamiento mediático de la televisión o de las páginas de los periódicos, haciendo tabla rasa al derecho de la presunción de inocencia que le corresponde a todo individuo y que es una garantía supranacional prevista en el artículo 11, fracción I de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que señala que:

“... toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a ley y en juicio público en el que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.



Así como en la Constitución peruana que establece en su artículo 2°, inciso 24: “*Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*”. Sin embargo se prefiere la espectacularidad efectivista y lucrativa de los medios a respetar este derecho fundamental, que también constituye un atentado al Estado democrático, a tal punto que, como ya esbozan los investigadores, tendremos una sociedad compuesta con más telecracia y con menos Estado-Nación, y con ello el nacimiento del Nuevo Estado Mediático de la globalización del siglo XXI que está cimentando los monopolios de la información. Además, los medios de comunicación se han convertido en un agente de presión que a veces se tiene en cuenta a la hora de formular la estrategia de persecución penal o de emitir sentencia. Eduardo Espín Templado lo define como:

“... el conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un periodo de tiempo en los medios de comunicación, sobre un asunto **sub iudice** a través de los cuales se efectúa por dichos medios de valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en hechos sometidos a investigación judicial. Tal valoración se convierte ante la opinión pública en una suerte de proceso. Quiere esto decir que al cabo de un determinado periodo de tiempo, en el que han ido apareciendo informaciones sobre los hechos acompañados de juicio de valor más o menos explícitos, editoriales, contribuciones de personas ajenas a la plantilla de tales medios, las personas afectadas aparecen ante la opinión pública, o al menos ante un segmento de ellas, como inocentes o culpables”.¹

Y es que la presunción de inocencia es un pilar básico del sistema penal en un Estado de Derecho y ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales relativo a derechos humanos como los contenidos en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y del Consejo de Europa.

En nuestro país este problema es frecuente, y las fotografías y nombres de los detenidos aparecen diariamente en los diarios nacionales a grandes titulares y sus imágenes son difundidas en la televisión e internet; sin embargo, pese a que a alguno de ellos se les ha otorgado libertad en la investigación preliminar por la Fiscalía por no encontrar vinculación

del detenido con el supuesto delito, habiendo sido su detención arbitraria y por simple sospecha, y, en otros casos, han sido absueltos, los medios de comunicación no realizan la rectificación correspondiente, y sus fotos permanecen en el inconsciente colectivo y el imaginario social, explotando el morbo y, como correlato nefasto, traen la estigmatización y el etiquetamiento social de dichas personas, quienes no tienen ninguna opción de lograr un resarcimiento por el daño que se les pueda causar, frente a la poderosa maquinaria de los *mass media*. El problema se acentúa cuando la propia Policía Nacional es la que permite la presentación pública y la toma de fotografías de los detenidos ante los medios, lo que se ha convertido en un común denominador y que, a decir de Fany Quispe Farfán:

“... una de las características de la investigación policial ha sido el gran acercamiento que existe entre la policía y la prensa. De esa manera se han presentado ante los medios de comunicación a diversos detenidos u objetos del delito como éxitos de la labor policial, lo cual en muchas ocasiones no deviene necesariamente en una condena penal”².

Al respecto, algunos investigadores extranjeros proponen hasta que se tipifique como delito esa práctica en la que incurren las autoridades policiales al presentar, sin autorización del juez competente, a un sindicado de la comisión de un ilícito penal ante los medios de comunicación, en el entendido que con ello no se respeta el principio constitucional de presunción de inocencia y deslegitima la actividad policial dentro del papel que le asigna las leyes para la persecución penal. En el Derecho Comparado se han tomado medidas para proteger los efectos de los juicios paralelos y ya se califica como actividad delictiva. A nivel internacional tenemos importantes ejemplos: en la legislación británica se impide la publicación de informaciones paralelas en aras de la protección de la debida administración de justicia, mientras que en la legislación gala se considera delictiva la publicación de comentarios sobre asuntos judiciales en los medios de comunicación antes de la decisión jurisdiccional firme, siempre que tales comentarios estén orientados a generar algún tipo de presión en testigos o intenten debilitar la imparcialidad del órgano juzgador. Se habla también de un escaso control por parte del Ministerio Público y una falta de pronunciamiento de los señores jueces para salvaguardar esta garantía procesal.

Esta práctica policial, dentro del marco de la ley peruana, ha sido limitado en el nuevo Código Procesal Penal en el artículo II del Título Preliminar sobre el derecho a

¹ ESPÍN TEMPLADO, E. En: Revista Poder Judicial Especial XIII, pág. 123, citado en JUANES PECES, A. (1999). *Los juicios paralelos*. Actualidad Jurídica Aranzadi N° 378. Febrero 1999. Pamplona (España), Ed. Aranzadi SA., págs. 1-5.

² QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. (2007). “Medios de Comunicación y relación con el Fiscal”. Curso Virtual: “El Rol del Fiscal en el Nuevo Modelo Procesal Penal”. Lima, Escuela del Ministerio Público.

la presunción de inocencia, cuando establece en su inciso 2 que: “hasta antes de la sentencia firme ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”; disposición que tiene relación con el carácter reservado de la investigación (artículo 324 del Código Procesal Penal) y con el artículo 139 del precitado Código Procesal Penal, que en su inciso 1 señala que: “Está prohibida la publicación de las actuaciones procesales realizadas cuando se está desarrollando la investigación preparatoria o la etapa intermedia...”, y en su inciso 3 establece que “cuando los sujetos procesales y demás participantes en las actuaciones procesales infrinjan esta prohibición, el Fiscal o el Juez, según el caso, están facultados a imponerles una multa y ordenar, de ser posible, el cese de la publicación indebida”. Sin embargo no existe norma alguna en el Nuevo Código Procesal Penal que prohíba a los medios la publicación de las imágenes, fotos o nombres de los detenidos, investigados o procesados, y tampoco norma que obligue a la rectificación cuando a éstos no se les encuentre responsabilidad, vía publicación en el mismo medio de comunicación que realizó la infracción al derecho constitucional en comento.

absoluta prohibición de difusión de imágenes), a veces de simples sospechosos a los que se exhibe esposados, introducidos a empellones en coches celulares, expuestos a cara descubierta e insultados a la entrada y salida de comisarias y juzgados, incluso poniendo en riesgo su integridad física, dando publicidad a sus domicilios y datos personales y familiares, más las filtraciones provenientes de parte interesada (entre ellas las informaciones policiales), las declaraciones prematuras de testigos o de víctimas del delito y de sus familiares o abogados, la toma de posición difamatoria o sesgada de algunos medios de comunicación, utilizando frecuentemente determinadas tertulias llenas de frivolidad, en las que se permite decir cualquier cosa, opinando sobre todo lo divino y lo humano, a menudo desde la más supina ignorancia, anticipando la culpabilidad y la condena que se pretende, con penas a la carta, prescindiendo de las que prevé el Código Penal e induciendo desde el amarillismo más exacerbado a la percepción negativa de la realidad por parte del público, con lo que puede verse igualmente afectado otro derecho fundamental, el de la defensa”⁴.



A propósito, es ilustrativo lo señalado por Alonso Peña Cabrera Freyre, quien explica –refiriéndose a los derechos de la presunción de inocencia– que:

“... sus efectos garantistas se extienden al trato que las autoridades públicas deben brindar al imputado. En infinidad de oportunidades observamos todo el show que las autoridades de persecución montan, a efectos de presentar a un detenido a los medios de prensa, se crea todo un escenario propio de una escenificación artística, donde los protagonistas desfilan de forma alegórica, presentando al sospechoso como un trofeo de guerra, como un instrumento perfecto para alcanzar réditos políticos o profesionales, de innegables cognitivos ante una población sumida en el riesgo, la amenaza y la violencia cotidiana”³.

Leopoldo Torres Boursault, en forma más tajante, nos dice que:

“Como regla de tratamiento, el respeto a la presunción de inocencia ofrece entre nosotros un panorama desolador. La vulneración del secreto sumarial, las acusaciones infundadas de hechos a menudo inexistentes, apenas simuladas bajo el calificativo de ‘supuesto’ o de ‘presunto’, la presentación pública de la imagen de detenidos, incluso de menores de edad (para quienes rige la más

³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2006). Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal. Lima, Editorial Rhodas SAC., págs. 77-78.



Al parecer estos dispositivos tienen la finalidad de evitar que la información vulnere derechos fundamentales, sin embargo solo van dirigidos a los funcionarios o autoridades públicas. Por ello creemos que se hace necesario diseñar una reforma de las leyes que tienen que ver con los medios de comunicación y la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El presente trabajo es solo una aproximación al problema que no se ha tratado en nuestro país con profundidad y, dado el poco de tiempo de la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal en algunos departamentos, no existen antecedentes y no se ha realizado un seguimiento respecto a la aplicación en un caso concreto de la prohibición, a las autoridades, funcionarios o sujetos procesales, de publicar las actuaciones o de la presentación pública de detenidos o investigados por algún delito o que se les haya impuesto alguna multa o se ha dispuesto el cese de alguna publicación indebida, pese a que ocurre todos los días.

II. ALGUNOS ESTUDIOS RELACIONADOS CON EL TEMA

Existen estudios previos que tienen vinculación con el problema, tanto directa como indirectamente, a saber:

⁴ TORRES BOURSALT, Leopoldo. “Presunción de Inocencia, una asignatura pendiente”. En: <http://www.masactual.com/noticia/261/MODERNIZAR-LA-JUSTICIA/presunci%C3%B3n-inocencia-asignatura-pendiente>.

- a. Ferrajoli, Luigi: En su obra "Derecho y Razón" concluye que:

*"En las sociedades actuales la prensa ha introducido una nueva patología que parece desbordar el actuar de la justicia: la punición anticipada, una sanción que en ocasiones es más gravosa que la misma pena. Y agrega que con la prensa ha reaparecido la antigua función infame del derecho penal premoderno. Sólo que la picota ha sido sustituida por la exhibición pública del acusado en las primeras páginas de los periódicos o en el televisor; y no como consecuencia de la condena, sino de la acusación, cuando todavía es un presunto inocente"*⁵.

- b. Barata, Francesc: En su investigación "Los mass media y la información criminal 'El Caso King' y las perversiones mediáticas", nos señala:

*"El conocimiento de la identidad de los sospechosos va mucho más allá de la comunicación a las partes que intervienen en el proceso desde que una persona pasa a disposición judicial, y su gran difusión en los medios lesiona el derecho a la presunción de inocencia. Dicho de otra manera, cuando un presunto culpable aparece identificado en grandes titulares, cuando su imagen es mostrada en los informativos, la presunción se devalúa. Un gran tratamiento mediático le confiere a la sospecha elementos de certeza. En cierta manera pasaría igual que con el rumor periodístico, un hecho no confirmado que se convierte en noticia adquiere dimensiones de hecho verdadero, y muchas veces tiene consecuencias reales. (...) Por todo lo expuesto anteriormente, creemos que la transgresión de la presunción de inocencia es el resultado de una cultura periodística y unas prácticas policiales poco sensibles con el derecho a la intimidad que tienen todos los ciudadanos, incluso aquellos que son investigados. Nunca hay que olvidar que el único momento de la verdad es el juicio oral y que hasta entonces el acusado siempre es un presunto culpable (...)"*⁶.

- c. Lello, Iván Gustavo: En su trabajo "Justicia Penal y Medios de Comunicación" señala que:

"Aceptando que la prensa contribuye al control republicano sobre el modo en que el Estado imparte justicia, debemos afirmar concomitantemente que la

*tarea periodística no debe obstaculizar de ningún modo el funcionamiento de los engranajes judiciales y que el de prensa no es el único derecho humano. En este sentido tiene que interpretarse desde la profesión el mandato constitucional de 'afianzar la justicia'. Los magistrados tienen la obligación de preservar las pruebas y elementos de convicción para su labor, como así también evitar una difusión dañosa sobre la figura del imputado, respecto del cual todavía no ha formalizado una imputación definitiva. Está en juego el principio de inocencia y la posibilidad misma de impartir justicia"*⁷.

- d. Esteinou, Javier: En su investigación "El Cambio Político y los Linchamientos Electrónicos" nos refiere que:

*"La diferencia existente entre el juicio legal y el juicio paralelo, es que el juicio legal del Poder Judicial inicia sus procedimientos y trámites legales, precisa la litis del asunto, recibe pruebas, admite recursos, es discreto, conserva al Poder Judicial como la instancia legitimada históricamente para ejercerlo, y el pueblo, en general, ignora o mal conoce tales actuaciones judiciales legítimas. En cambio, el juicio paralelo de los medios de información examina arbitrariamente las pruebas presentadas o las fabrica, las valora individualmente, las declara válidas o inválidas, proclama conclusiones o sentencias, las difunde públicamente, defiende sus posiciones, convierte a las industrias mediáticas en jueces y tribunales abandonando su esencial tarea informativa y el auditorio está totalmente atento a la evolución escandalosa de éste. (...) En este sentido, la televisión se asumió como Ministerio Público, con carácter inapelable de sus juicios, pues éstos fueron probados por el único elemento que vale para quienes se mueven en éste universo audiovisual: la imagen. Con ello, la ejecución de la Ley quedó en manos de los tribunales de la opinión pública creada por la agenda informativa de los medios, donde se dirimieron las controversias que lucharon entre intereses y poderes. Mediante esto el resultado informativo de las industrias mediáticas operó como un eficaz juicio paralelo, donde el derecho a la presunción de inocencia de los individuos cedió su garantía ante las condenas que ejecutaron los medios antes de investigar y de que intervengan los órganos de justicia especializados en esta delicada responsabilidad. Mediante esta situación, el derecho a la inocencia (...) fue burdamente avasallado y anulado por el resultado efectivista de los medios de información que luchaban por obtener rating"*⁸.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. (2006). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. 8va. Edición. Madrid, Editorial Trotta SA., pág. 350.

⁶ BARATA, Francesc. "La Mass Media y la Información Criminal. El Caso 'Caso King' y las Perversiones Mediáticas". En: <http://www.audiovisual.net/publicaciones>, págs. 50-51.

⁷ LELLO, Iván Gustavo. "Justicia Penal y Medios de Comunicación". En: <http://www.ull.es/publicaciones/latina/2001>.

⁸ ESTEINOU MADRID, Javier. "Linchamiento Mediático y los Juicios Paralelos". En: <http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/h44.esteinou.html>.



- e. Barrero Ortega, Abraham: En su investigación "Juicios Paralelos y Constitución: su relación con el periodismo", señala que:

*"En verdad, el juicio paralelo en los medios puede alcanzar diversas intensidades. En su máxima expresión se llega a buscar testigos y pruebas a fin de confrontar las declaraciones de acusados, acusadores y peritos, lo que plantea problemas de relevancia constitucional. Uno de los más trascendentes es la vulneración de los derechos al honor, a la presunción de inocencia y a la defensa, pues se puede inducir en la opinión pública un veredicto anticipado de culpabilidad de una persona sin que ésta pueda disfrutar de las garantías que recoge la Constitución. Otro grave problema es la posible influencia de estos juicios paralelos sobre la imparcialidad de los jueces profesionales o la de los ciudadanos que forman un jurado. Sin olvidar la perturbación que la información de tribunales puede causar en el desarrollo de la investigación judicial. Se plantea con ello un conflicto entre las reglas de funcionamiento de la administración de justicia y la libertad de información, que ha de resolverse conciliando la función constitucional de la justicia con la de los medios de comunicación. Resulta imprescindible evitar la sustitución de los jueces por la prensa, pero ello no debe ser una excusa para limitar el derecho de crítica pública a la justicia ni, por supuesto, limitar la publicidad de las actuaciones judiciales que consagra nuestro texto constitucional. Hay que conciliar la libertad de información con otros derechos, bienes y valores del mayor respeto y dignidad"*⁹.

- f. Saenz Zumbado, Luis: En su investigación "Publicidad Periodística de los Procesos Penales" concluye que:

" (...) el periodista debe tener claro que su información no puede, en razón de los bienes jurídicos también protegidos por la Constitución Política y la ley, desconocer el principio de presunción de inocencia, el honor, la imagen, la intimidad y la vida privada de las personas. La información que vulnere esos bienes jurídicos sin un fundamento superior, como sería un evidente interés público, se convierte en seudoinformación y, por ello, podría ser objeto de un proceso penal. Toda persona sometida a un proceso penal es inocente en tanto no haya una sentencia firme que lo declare autor del hecho ilícito acusado. Por ello, el periodista debe impedir

*que su información viole ese principio o pueda, de cualquier manera, influenciar, condicionar, o vulnerar el principio de independencia del juez"*¹⁰.

- g. Quispe Farfán, Fany Soledad: En su trabajo "Presumirse inocente, sentirse libre y amparado: momentos claves para defender la presunción de inocencia" concluye que:

*"Si bien la sentencia penal es la única que puede destruir la presunción de inocencia y de este modo, condenar a una persona como autor de un delito, es común observar diversas publicaciones que condenan a una persona como responsable de un delito, aun antes de que exista un proceso. Hoy en día vivimos bombardeados de información, en especial de los medios de comunicación, y si bien la emisión de estas noticias se fundamenta en la libertad de información, sin embargo, no se miden los graves efectos que puede tener el sindicarse a una persona como autora de un delito que atenta contra la presunción de inocencia, además del derecho al honor y a la buena reputación de las personas"*¹¹.

- h. Cortés Bechiarelli, Emilio: En su investigación "Juicios Paralelos y Derechos Fundamentales del Justiciable" concluye que:

"Frente a quienes sostienen que el derecho fundamental a la presunción de inocencia únicamente puede ser vulnerado por los poderes públicos, en particular, por los órganos de la administración de justicia, se impone una exégesis alternativa de esa garantía, constituyendo el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos (S.T.C. N° 109/1986, de 24 de septiembre). Es la cara sociológica de este derecho, que adquiere especial significación en este trabajo, pues lo que la ciudadanía aprecia no es tanto la situación procesal del acusado, en su estricta dimensión técnica, sino algo distinto que el Tribunal Constitucional ha sabido advertir extraordinariamente, y que es más una percepción subjetiva que la aplicación de una norma concreta de las de procedimiento, fruto de una información u opinión del periodista, o del particular, que no se sabe si es cierta o no, por cuanto la sentencia aún no se ha dictado. Ni en un sentido, ni en otro. La creciente proliferación de los juicios paralelos, y de otras prácticas poco

¹⁰ SAENZ ZUMBADO, Luis. "Publicidad Periodística de los Procesos Penales". En: <http://www.cienciaspenales.org/revista%2004saenz04>, pág. 8.

¹¹ QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. "Presumirse Inocente, Sentirse Libre y Amparado: Momentos Claves para Defender la Presunción de Inocencia". En: <http://www.presumirseinocente.pdf>, pág. 170.

⁹ BARRERO ORTEGA, Abraham. "Juicios Paralelos y Constitución: su Relación con el Periodismo". En: <http://www.ull.es/publicaciones/latina>, pág. 173.



respetuosas con la latencia jurídica del procedimiento, ha enseñado a la opinión pública que lo que separa a la inocencia de la culpabilidad no es el dictado de un sentencia firme”¹².

III. MARCO TEÓRICO

3.1. Derecho a la presunción de inocencia

El derecho a la presunción de inocencia es un derecho fundamental, así lo consagra la Constitución peruana en el artículo 2°, inciso 24.e) cuando establece que toda persona es considerada inocente mientras no se le haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Manuel Jaén Vallejos señala que *“Esta norma crea a favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser considerados inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente pruebas bastantes para destruir dicha presunción, aunque sea mínima”¹³.*

César San Martín Castro refiere que esta institución tiene tres significados:

- Como concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se mira fundamentalmente para establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.
- Como postulado directamente referido el tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partir la idea de que el inculpaado es inocente, por tanto, se deben reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso.
- Como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolucióndel inculpaado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada¹⁴.

¹² CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. “Juicios Paralelos y Derechos Fundamentales del Justiciable”. En: http://www.JPyDFundamentalesdeljusticiable_dialnet.unirioja.es, pág. 143.

¹³ JAÉN VALLEJO, Manuel. (1987). *La Presunción de Inocencia en la Jurisprudencia Constitucional*. Madrid, Akal Editorial, pág. 19.

¹⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. Lima, Editora Jurídica Grijley, pág. 67.

Santiago Sentís Melendo arguye que *“La presunción de inocencia no es un mero principio informador, sino un auténtico derecho fundamental que como tal es directa aplicación por todos y cada uno de los órganos judiciales, siendo reclamable incluso en la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional”¹⁵.*

Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre indica que:

“El principio de presunción de inocencia es entonces una máxima ético-jurídica de primer orden en un Sistema Procesal Penal respetuoso de las garantías fundamentales, es un valor inoponible e insoslayable ante cualquier pretensión penal que pretenda desbordar el ámbito de lo jurídicamente justo: en tal sentido, la efectiva protección de los derechos fundamentales es una finalidad política criminal indeclinable según las máximas del Estado de Derecho. Hemos enfatizado que el estado jurídico de inocencia debe destruirse o enervarse a efectos de declarar judicialmente culpable al autor o participe de un injusto penal, y, para poder producir dichos efectos se necesita de una mínima actividad probatoria”¹⁶.

Binder nos manifiesta que:

“El derecho a la presunción de inocencia no sólo es una garantía que impone la consideración al imputado como inocente, sino que su efecto más importante la produce en cuanto exige que la persona que viene siendo procesada penalmente sea basada en los diversos sectores del ordenamiento jurídico y la vida social, como una persona de la que aún no se ha comprobado su responsabilidad penal alguna, y por lo tanto, no se le puede tratar como culpable”¹⁷.

Carlos Soria establece que:

“Se trata de un derecho fundamental, reconocido y protegido crecientemente en el ámbito de las constituciones, con un campo de operatividad universal y un alcance ilimitado. El derecho fundamental a la presunción de inocencia está llamado, pues, a desplegar su contenido en el orden legislativo, en la actividad administrativa, en la actuación procesal y jurisdiccional, y también en situaciones extraprocesales, como son, por ejemplo, las actividades informativas. El derecho a la presunción

¹⁵ SENTÍS MELENDO, Santiago. (1971). *In dubio pro reo*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 158.

¹⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit., pág. 75.

¹⁷ BINDER, Alberto (1993) *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Edit. Ad Hoc, pág. 253.

de inocencia clama por su protección en todas las circunstancias y en todos los momentos sociales y jurídicos. La presunción de inocencia se puede caracterizar –más o menos pacíficamente- como un derecho subjetivo público de naturaleza extrapatrimonial, y en consecuencia, como un derecho indisponible en su totalidad. La posibilidad de renunciar voluntariamente a alguno de los derechos menores que integran su contenido –por ejemplo, acusándose públicamente de un delito, es decir, acusándose informativamente- ha de interpretarse siempre de forma restrictiva”¹⁸.

3.2. Medios de Comunicación. Definiciones

En realidad existen muchas definiciones al respecto y definir a los medios de comunicación es una tarea compleja, pero lo cierto es que todos lo percibimos a diario y son parte insustituible e inevitable de la sociedad contemporánea, de la sociedad informática y de la cultura de masas.

El término medios viene del latín medium, pero es de uso frecuente el vocablo media, empleado según la acepción inglesa, que se refiere a la comunicación que llega a auditorios numerosos, o a las técnicas modernas de difusión masiva. En el sentido anglosajón, a los medios se le entiende fundamentalmente como los mecanismos de difusión que alcanzan al público en general y que contienen publicidad.

Cuando nos referimos a los medios, aludimos a los espacios de comunicación de masas que propagan mensajes a grandes públicos: prensa, cine, radio y televisión. Los medios implican audiencias y éstas, a su vez, recursos técnicos para recibir los mensajes a través de aquellos instrumentos de propagación masiva(...). Son el continente que difunde tales mensajes. De esa manera, a los medios se les define: a) por su carácter de intermediarios en el proceso de la comunicación y b) por los recursos tecnológicos que hacen posible la propagación de tales contenidos en las sociedades de masas¹⁹.

Janowitz explica que “Los medios de comunicación masiva comprenden las instituciones y mediante las cuales grupos especializados emplean recursos tecnológicos para difundir contenidos simbólicos en el seno de un público numeroso, heterogéneo y disperso”²⁰.

¹⁸ SORIA, Carlos. “Fundamentos Éticos de la Presunción de Inocencia o la Legitimidad del Periodismo de Denuncia”. En: http://www.fcom.altavoz.net/prontus_fcom/site/artic

¹⁹ “Medios: Una definición”. En: <http://www.mediocracia.wordpress.com/2005/12/01/medios-una-definición>

²⁰ JANOWITZ, M. (1952). *The Community Press in a Urban Setting*. Glencoe, Free Press. Citado por MCQUAIL, Denis. (1972). *Sicología de los Medios Masivos de Comunicación*. Traducción de Silvia Kutnowsky. Buenos Aires, Paidós, pág.14.

Hoy consideramos a los medios de comunicación como las instancias masivas de la comunicación, ya sea la prensa, la radio o la televisión en sus acepciones públicas, privadas o comunitarias. Se trata de mecanismos que permiten la diseminación masiva de información facilitando la construcción de consensos sociales, la construcción y reproducción del discurso público y ciertos niveles de interacción principalmente de los nuevos medios independientes, alternativos y comunitarios²¹.

Los medios de comunicación son los instrumentos mediante los cuales se informa y se comunica de forma masiva; son la manera como las personas, los miembros de una sociedad o de una comunidad se enteran de lo que sucede a su alrededor a nivel económico, político, social, etc. Los medios de comunicación son la representación física de la comunicación en nuestro mundo; es decir, son el canal mediante el cual la información se obtiene, se procesa y, finalmente, se expresa, se comunica²².

También se le ha definido como “los canales o instrumentos a través de los cuales se transmite información a la sociedad en general. Suelen ser llamados habitualmente ‘medios de comunicación de masas’ y esa denominación incluye a prensa, radio, televisión e Internet”²³.

Ya en 1965, Umberto Eco en su libro “Apocalípticos e integrados” nos explica sobre la cultura popular y los medios de comunicación, a través de una serie de ensayos que examinan las diferentes posturas de la sociedad ante la cultura de masas, y analiza el papel de los medios audiovisuales como instrumento de información o en el influjo de la televisión en el mundo de hoy, obra que sigue teniendo una vigencia total.

También autores de la talla de Mattelart, Cloutier y Canclini, entre otros, desarrollan el tema de la transición del concepto de cultura de masas al de cultura mediática. En ese proceso de transición de la cultura de masas a la cultura mediática juegan un papel fundamental las tecnologías de información comunicacional. Asimismo, Moles es frecuentemente estudiado por su aporte, en donde destaca su obra “La comunicación y los mass media”, entre otros; igualmente Masterman en su libro “Enseñanza de los medios de comunicación” habla del enfoque de la representación, y excluye de esta nueva propuesta el enfoque de los medios como ayuda del aprendizaje y como divulgadores del conocimiento y de la experiencia, dejando entrever que los medios de comunicación -sobre todo los audiovisuales- son considerados portadores de una

²¹ RABOY, Marc y SOLERVINCENS, Marcelo. “Medios de Comunicación”. En: <http://www.vecam.org/article683>

²² “Definición de Medios de Comunicación”. En: <http://www.elprisma.com/apuntes/curso.asp>

²³ En: <http://www.iesmurgi.org/filosofia/etica/Sociedadconsumoconceptos>



cultura de segunda clase frente a la cultura literaria contenida en los libros, al difundir costumbres, ideas y valores antagónicos a los tradicionales.

De otro lado, la prensa se conceptúa como el conjunto de publicaciones diarias y periódicas²⁴, o también como el conjunto o generalidad de las publicaciones periódicas y, especialmente, las diarias²⁵.

Etimológicamente, el término prensa significa la máquina de imprimir desde que se inventó la imprenta en el siglo XV. En el principio era de madera y se operaba a mano. Con la creación de la máquina a vapor, en el siglo XIX, y posteriormente con el invento de la electricidad y, recientemente, con la aplicación de los sistemas informáticos, se llega a las modernas y eficientes máquinas de hoy.

El concepto que nos ocupa,

“... si bien es cierto en la práctica profesional significa todo el quehacer de los periodistas en todos los espacios de la comunicación social, no es menos cierto que es un concepto que no sintetiza y resumen plenamente todos los procesos del ejercicio periodístico, en tanto que se limita a representar actividades informativas ligadas al medio escrito. Además, se trata de un término que no representa la multiplicidad de funciones del periodismo moderno, tampoco que perfecciona adecuadamente la aprehensión del quehacer profesional”²⁶.

Erick Torrico Villanueva señala que:

“...la definición de prensa comprende a todos los medios impresos de divulgación o difusión y su carácter periodístico se desprende tanto de la periodicidad con que circulan sus ejemplares como, especialmente, de la relación de sus contenidos con el acontecer noticioso. El producto paradigmático de la prensa es el periódico, que se ocupa de producir y distribuir mensajes verbales e icónico-verbales para informar (describir), opinar (juzgar) o interpretar (analizar, explicar y proyectar) en relación a los hechos y procesos de la vida social y, en particular, respeto

²⁴ __ (2001). EL PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO. 8ª Edición. Bogotá, Ediciones Larousse de Colombia.

²⁵ __ (2005). DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA. Tomo XV. 22ª Edición. Lima, Q.W. Editores SAC.

²⁶ CANTARERO, Mario Alfredo. “Periodismo: de la 'Prensa' a la Imprecisión Cultural”. En: <http://www.razonypalabra.org.mx/antiores>

de aquellos que refieren a la conflictividad y constituyen las prioridades de sus temarios (agendas)”²⁷.

IV. TRATAMIENTO LEGISLATIVO DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU PROTECCIÓN FRENTE A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

¿Existe una real protección del derecho a la presunción de inocencia frente a los medios de comunicación en el Nuevo Código Procesal Penal? Como lo hemos venido anunciando la respuesta es negativa, en razón que los dispositivos contenidos en el Nuevo Código Procesal Penal van solo dirigidos a los funcionarios o autoridades públicas, y se pretende que con ello no se filtre información que lo vulnere, lo cual es insuficiente para proteger tan alto principio. Ello, en puridad, no es una solución total sino parcial, que no tienen efectos prácticos en la protección porque igualmente se hace tabla rasa de ese derecho en forma cotidiana por los medios, cuyo control se hace inmanejable; y, peor aún, nadie dice ni hace nada en una suerte de resignación al atropello con el agravante que el detenido, investigado o procesado –que generalmente es de baja condición económica– frente a los medios no tiene opción y es expuesto y presentado como culpable, asimetría de poder que el Estado no se ha preocupado en equilibrar, léase protección real, práctica al derecho a la presunción de inocencia.

Así tenemos, el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal que regula el derecho a la presunción de inocencia establece en su inciso 1) que: “hasta antes de la sentencia firme ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”, y el artículo 139 del precitado código adjetivo en su inciso 1 prescribe: “Está prohibido la publicación de las actuaciones procesales realizadas cuando se está desarrollando la investigación preparatoria o la etapa intermedia...”, y en su inciso 3) establece que “Cuando los sujetos procesales y demás participantes en las actuaciones procesales infrinjan esta prohibición, el Fiscal o el Juez, según el caso, están facultados a imponerles una multa y ordenar, de ser posible, el cese de la publicación indebida”.

El último supuesto del inciso 3) del artículo 139 está dirigido en forma específica a los sujetos procesales y demás participantes que infrinjan la prohibición de publicación

²⁷ TORRICO VILLANUEVA, Erick R. “La Escenificación Mediática de los Conflictos”. En: <http://www.salaprensa.com/palabra/3784/prensa>



de la actuación procesal, quienes pueden ser multados o se puede disponer el cese de la publicación, entendiéndose la suspensión de la publicación, lo que no importa una indemnización, resarcimiento ni rectificación para el ofendido con dichas publicaciones, cuando se presume que todavía es inocente o, peor aún, cuando luego de la investigación preliminar o proceso no se le ha encontrado responsabilidad. En resumen, no existe ninguna norma del Nuevo Código Procesal Penal que prohíba a los medios de comunicación, a través de sus representantes legales, directores, editores o los propios periodistas, la publicación o presentación de imágenes, fotografías o nombres de las personas sometidas a una investigación, ni tampoco existe norma que establezca un resarcimiento al daño moral a través de la publicación obligatoria en la sentencia absolutoria, el auto de sobreseimiento definitivo o en la disposición de no promover denuncia penal, con carácter de consentido o ejecutoriado, en los casos que se desestima la responsabilidad del ofendido, obviamente cuando se ha identificado y probado el medio de comunicación que cometió el exceso.

En un primer análisis relativo a la prohibición de la publicación de los medios, tal como está redactado el inciso 3) del artículo 139 del Nuevo Código Procesal Penal, cabe la interrogante si la prohibición de la publicación está dirigida a los sujetos procesales y demás participantes porque no puede dirigirse a los involucrados en la difusión de la publicación, esto es, los medios de comunicación, cuya sanción únicamente es el cese de la publicación, no por tener responsabilidad sino por la responsabilidad de otros, como son los sujetos procesales y demás participantes que posibilitan la información, los mismos que sí tienen sanción pecuniaria, como la multa, a diferencia de los medios donde, como dijimos, la sanción es el cese de la publicación que no es suficiente para resarcir el daño moral causado al ofendido.

Bajo una mirada constitucional, creemos que el legislador no ha establecido ninguna prohibición a los medios no solo por respeto a la libertad de expresión y de información sino, sobre todo, porque la censura previa está prohibida por mandato constitucional, conforme lo señala el inciso 4) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, estando únicamente el ejercicio de este derecho sujeto a responsabilidades ulteriores. En igual sentido, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que el ejercicio de la libertad de expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 señala que:

“38 (...) En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención. 39. El abuso de la

libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido”.

El Tribunal Constitucional también ha interpretado que

“...la pretensión formulada por la demandante, en el sentido de que se expida una orden judicial en virtud de lo cual se impida que los emplazados puedan seguir difundiendo hechos noticiosos, es incompatible con el mandato constitucional que prohíbe que se pueda establecer, al ejercicio de la libertad de información y expresión, censura o impedimento alguno”. (Expediente N° 0905-2001-AA/TC, caso Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín, F1 N°15).

El tema de responsabilidad posterior es el que se ha adoptado en nuestro país, por lo que solamente se puede actuar luego de cometido el exceso o abuso en el ejercicio de la libertad de expresión más no previamente. Sin embargo, esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana y no existe en la Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos; éste último inclusive establece que el derecho al ejercicio de la libertad de expresión y de información está sujeto a restricciones, tan es así que en los países europeos como España e Italia sí se puede actuar preventivamente en forma excepcional al estar contemplado en su constitución, por lo que para que puedan prohibirse algunos aspectos relativos a la defensa de otros derechos fundamentales y prevenir su vulneración tendría que hacerse una reforma constitucional. En buena cuenta, solo después de cometido el abuso de los medios de comunicación se pueden determinar responsabilidades pero la interrogante es ¿el derecho a la libertad de prensa está por encima del derecho a la presunción de inocencia?

En realidad, el debate sobre si los medios deben ser regulados por el Estado o si ello conlleva a la vulneración de la libertad de información o de la libertad de expresión es arduo y genera varios puntos de vista. Hay quienes defienden la desregulación de los medios y plantean que la televisión no es más que “una tostadora con imágenes”. Otros defienden la autorregulación de la industria o la regulación compartida entre la industria y el gobierno, y son más sensibles a la importancia del contenido pero atribuyen un papel predominante a las entidades corporativas que constituyen las grandes organizaciones de los medios de comunicación. Creemos que la regulación por el gobierno se hace necesaria, respetando el contenido esencial de la libertad de prensa con participación de los medios; adicionalmente se deben establecer facultades de autorregulación, lo que sería una suerte de regulación compartida.



En Alemania, por ejemplo, no se puede hacer pública la identidad de un sospechoso hasta que se pronuncia una sentencia judicial firme; antes solo se permitía publicar sus iniciales. En Francia, la Ley Guigou de 1970 se propuso hacer respetar los derechos de los imputados hasta la sentencia definitiva, sancionando su infracción con multas que, como sabemos, tuvieron poco éxito sino basta recordar el caso reciente de Dominique Strauss-Kahn, ex Director Gerente del Fondo Monetario Internacional (FMI) y aspirante a la presidencia de Francia, que fuera denunciado por abuso sexual por una mucama, personaje que fue expuesto a través de los medios de comunicación esposado y con una ráfaga de flashes encima suyo; sin embargo, en Francia existe un Consejo Superior de la Audiovisual de Francia que hizo un llamamiento a las cadenas de televisión para actuar con la mayor prudencia en la difusión de imágenes relativas a personas acusadas en un procedimiento penal. La creación de dicho Consejo en nuestro país generaría todo un debate y resistencia, y los medios alegarían intromisión y, aún, violación de la libertad de información y de prensa.

Marcelo Solervinces señala que “Los medios de comunicación deben disfrutar de libertad de expresión sujeta a ciertas obligaciones – por ejemplo, la necesidad de respetar la dignidad humana”²⁸, debiendo agregar que uno de sus límites es el derecho a la presunción de inocencia. Y es que regular el ejercicio de los medios de comunicación no es per se una violación a la libertad de expresión o de información sino una obligación de los Estados democráticos bajo el derecho internacional, y se debe regular respetando el contenido esencial de la libertad de información y de expresión ya que los precitados derechos no son los únicos derechos humanos. Se debe conciliar la función de impartir justicia con la función de los medios de comunicación, y también conciliar la libertad de información con otros derechos del mayor respeto y dignidad como la presunción de inocencia. J.C. Montalvo Abiol concluye que:

“... entre los posibles conflictos que pueden surgir eventualmente entre la libertad de información y el secreto del sumario, destacaremos la necesidad de una convivencia pacífica y complementaria entre ambos, si bien tendremos que delimitar situaciones en función del interés que convenga proteger en cada momento. En esta línea, el derecho a comunicar y recibir información veraz mantiene una posición preferente en el ordenamiento jurídico por su íntima relación con el valor del pluralismo político y por contribuir a formar una necesaria opinión pública, evidente termómetro democrático, pero posición preferente no implica necesariamente un derecho absoluto pues sabemos que la libertad de

información, como cualquier otro derecho, encuentra su límite en la concurrencia con otros derechos fundamentales. Sabemos que la jurisprudencia constitucional referente al ejercicio de la libertad de información, estando vigente el secreto del sumario, ha sido favorable al ejercicio de la primera mientras ello no implique revelaciones de información no debida, postura que no agrada en exceso a algunos sectores penalistas por parecerles excesivamente abierta (...). Bajo esta óptica, se puede defender con cierta holgura la posibilidad de que la libertad de información pueda verse sometida a limitaciones en aras al mantenimiento los principios que enaltece tal precepto y que son considerados de inherentes a valores superiores de nuestro ordenamiento o al Interés General”²⁹.

El problema está en que los que defienden los intereses de los medios, incluidos algunos órganos internacionales de derechos humanos, silencian las disposiciones del derecho internacional que obligan al estado a regular su ejercicio. Así, los defensores de los derechos humanos han sido especialmente críticos de la regulación de los medios, y la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el gobierno “nada” tiene que hacer ante el hecho comunicacional, por cuanto toda medida de regulación es una intromisión inaceptable.

A decir de Enrique Gonzales,

“... estos planteamientos son en esencia negadores de los derechos humanos, por cuanto pretenden basar las dinámicas de las relaciones sociales en principios de caridad, por un lado, y de irresponsabilidad de los actores de poder, por otro. Así, se orientan a agregar la obligación básica del Estado de derecho de establecer contrapesos legales para garantizar el ejercicio responsable de los derechos y la eliminación de los abusos de poder, como medio imprescindible para avanzar progresivamente en la realización de los derechos de todos los individuos y colectivos, y en base al reconocimiento de la igualdad de derechos y de responsabilidades”³⁰.

En realidad, el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales, razón por la cual puede estar sujeta a restricciones legales (artículo 19). Es decir, estas responsabilidades

²⁹ MONTALVO ABIOL, J.C. En: <http://www.monografias.com/trabajos83/limites-publicidad-procesal>

³⁰ GONZALES, Enrique. “La Responsabilidad de los Medios de Comunicación es una Obligación bajo el Derecho Internacional”. En: <http://www.aporrea.org/actualidad>

²⁸ SOLERVINCENS, Marcelo. “Medios de Comunicación”. En: <http://www.vecam.org/spip.php>



son de una naturaleza tal que puede ser necesario y legítimo restringir el ejercicio del derecho, con el objeto de regular esa responsabilidad.

En México el debate en torno a La Ley Federal de Comunicación Social fue intenso, a tal punto que algunos consideraban que legislar sobre medios de comunicación era arriesgado, así como atentatorio contra las libertades, derechos de expresión e información, y sería un suicidio. A este respecto, Jacaranda Pineda, Diputada Federal del Partido Revolucionario Institucional (PRI), señala que:

“... necesitamos leyes que regulen la práctica de los medios de comunicación. Esta reflexión se está dando en todo el mundo pues tiene que ver con el hecho sin precedentes de la influencia cada vez mayor de los medios de comunicación en prácticamente todas las actividades humanas. Esta reflexión se ha limitado en muchas ocasiones a la relación de la libertad hacia el poder, lo que ha inhibido tradicionalmente toda regulación por temer caer en la censura y por el hecho cierto de que puede motivar un atentado contra nuestra garantía y libertad de expresión”³¹.

Concordamos también con la antes mencionada diputada cuando sostiene que es necesario debatir y cuestionar para que la invisible, enigmática y omnipotente opinión pública no sustituya a la ley y para que el rating no sea el sucedáneo de la legitimidad que otorga el voto en cualquier república. Es que un régimen político con sus poderes formalmente constituidos no puede aceptar la intromisión subrepticia de un cuarto poder que se constituye en juez y parte si defiende intereses políticos o económicos. Los medios son parte de nuestra democracia, no son sus dueños.

En un segundo análisis relativo a la responsabilidad ulterior, el Nuevo Código Procesal Penal no ha diseñado normas efectivas para otorgar cierta protección al ofendido cuando el medio ya ha consumado la infracción al derecho constitucional que nos ocupa, como la de resarcirle por el daño moral causado, no siendo suficiente el cese de la publicación para una real protección del derecho bajo estudio, en razón que no hay una obligación del medio de rectificar en los casos que no se hallare responsabilidad, ni tampoco existe sanción pecuniaria.

El único antecedente indirecto es el artículo 467 del Nuevo Código Procesal Penal, regulado para los delitos contra el honor, que prescribe que:

“En los delitos contra el honor cometidos mediante la palabra oral o escrita o la imagen por cualquier medio de comunicación social, a solicitud del querellante particular, y a costo del sentenciado, podrá ordenarse la publicación o lectura, según el caso, de las sentencias condenatorias firmes”.

Artículo que tampoco es suficiente para proteger a las víctimas en los delitos contra el honor.

En el caso del derecho a la presunción de inocencia, si bien no se reguló la prohibición de los medios de difundir imágenes visuales, fotografías o nombres por estar prohibido constitucionalmente, por lo menos debió regularse la obligación –no la facultad– de la autoridad judicial o fiscal respecto a que luego de cerrado el caso donde no se encuentre responsabilidad a los investigados o procesados que fueron expuestos a la luz pública, se ordene a los medios que rectifiquen y den cuenta que no se les encontró responsabilidad, lo que sería una forma de resarcimiento del daño moral a la víctima y a su familia. Es decir, no debe ser de carácter facultativo ni a solicitud de la víctima, conforme está regulado en el caso de los delitos contra el honor (artículo 467 del NCPP), porque siendo facultativo no existe un real y efectivo resarcimiento. Además se debe establecer el modo o forma cómo debe ser publicado y el número de veces que deberá publicarse, que debe corresponder al número de veces que se difundieron los actos ofensivos en agravio de la víctima. No creemos que haya alguna dificultad respecto a que si los fiscales podrían ordenarlo, toda vez que el tantas veces citado artículo 139, inciso 3), faculta al Juez o Fiscal a imponer multa y ordena el cese de la publicación indebida, en el entendido que si pueden suspender la publicación también pueden ordenar que el medio de comunicación publique la rectificación a que diera lugar. Obviamente, la excepción sería si la publicación afecta a menores o terceros o cuando la víctima solicite su no publicación. Por ello se hace necesaria la reforma del artículo 139 del Nuevo Código Procesal Penal.

Los casos en lo que se dispondría la publicación podrían ser cuando hayan concluido con disposición de no formalizar investigación preparatoria, auto de sobreseimiento definitivo y sentencia absolutoria, con la condición que sea consentido o ejecutoriado. De ese modo, el Juez o el Fiscal, según el caso, deberá disponer la publicación en el medio que cometió el exceso en el ejercicio de la libertad de expresión, a costa del medio de comunicación, estableciendo –como dijimos– el plazo para su cumplimiento y el número de veces que deberá publicarse, lo que debe corresponder con el número de veces que se difundieron los nombres, fotografías o imágenes.

³¹ PINEDA, Jacaranda. “La Regulación de los Medios de Comunicación un debate abierto”. En: http://www.infoamerica.org/articulos/p/pineda_jacaranda.htm



V. LEGISLACIÓN COMPARADA EN RELACIÓN AL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A continuación presentamos las principales regulaciones contenidas tanto en el Código Procesal Penal como en el Código de Procedimientos Penales de diversos países de América Latina (ver Cuadro N° 1):

Cuadro N° 1
Principales regulaciones contenidas tanto en el Código Procesal Penal como en el Código de Procedimientos Penales de diversos países de América Latina

PAÍS	NORMA LEGAL	REGULACIÓN
Chile	Código Procesal Penal Artículo 92	Prohibición de informar. Los funcionarios policiales no podrán informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de los detenidos, imputados, víctimas, testigos, ni de otras personas que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible.
Bolivia	Código de Procedimiento Penal Artículo 6	Presunción de inocencia. Todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada.
Argentina	Código Procesal Penal Artículo 1	Juez Natural, juicio previo. Presunción de inocencia. <i>“Nadie podrá ser juzgado... ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de la inocencia de que todo imputado goza...”.</i>
Paraguay	Código Procesal Penal Artículo 4	Principio de inocencia. Se presumirá la inocencia, quien como tal será considerado durante el proceso, hasta que una sentencia firme declare su punibilidad. Ninguna autoridad pública presentará a un imputado como culpable o brindará información sobre él en ese sentido a los medios de comunicación social.

PAÍS	NORMA LEGAL	REGULACIÓN
Guatemala	Código Procesal Penal Artículo 14	Tratamiento como inocente. El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.
Perú	Código Procesal Penal Artículo II del T.P.	Presunción de inocencia. 1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. 2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido.

VI. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Luego del análisis y estudio de las fuentes doctrinales sobre la materia, contenidas en la obra de juristas nacionales y extranjeros, creemos que la difusión de imágenes y la publicación de fotografías y nombres de los investigados o detenidos a través de los medios de comunicación constituye una violación del derecho a la presunción de inocencia toda vez que, al presentarlos de ese modo, dichas personas son condenadas anticipadamente (“juicios paralelos” o “juicios mediáticos”), lo que hace tabla rasa de esa garantía supranacional prevista en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Constitución Política del Perú y en el Nuevo Código Procesal Penal. Además, regular adecuadamente el ejercicio de los medios de comunicación -de forma excepcional y respetando el contenido esencial el ejercicio de la libertad de información y expresión en armonía con otros derechos fundamentales- no constituye una violación a dichos derechos, en razón que la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades,

motivo el cual puede estar sujeta a restricciones legales. Sin embargo, conforme se ha dejado establecido, en nuestro país no se pueden establecer limitaciones previas para impedir que se vulnere el derecho a la presunción de inocencia al estar prohibida por mandato constitucional la censura previa, por lo que no se puede evitar el abuso de los medios, solo se pueden determinar responsabilidades posteriores. Así no existe ninguna norma en el Nuevo Código Procesal Penal que prohíba la publicación de información por parte de los medios.

Evidentemente, hoy más que nunca, dado el poder de los medios de comunicación en la era de la globalización, se deben instituir contrapesos suficientes para impedir la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, traducidos en “juicios mediáticos”, mediante los cuales se presentan las imágenes y fotografías de los detenidos o se informa sobre ellos a través de los medios como si se tratara de un show circense y con total impunidad además; y, como se ha constituido en una práctica cotidiana, a la luz de los ciudadanos parece de lo más normal.

Ese contrapeso es la regulación con las garantías necesarias, que es la tendencia en el mundo. Y es que la libertad de expresión conlleva también ciertas obligaciones, las mismas que pueden estar enmarcadas dentro de una regulación razonable que, como señaláramos, no viole dicha libertad de expresión ni de información. Regular el ejercicio de los medios de comunicación no puede ser considerado una intromisión y el hecho comunicacional no puede ser una isla en la regulación de la actividad y comportamiento de los ciudadanos, más aún cuando los medios muchas veces actúan por el afán del *rating* o por intereses políticos o económicos. Hacerlo es también evitar el abuso del poder de los medios y garantizar el ejercicio responsable de la libertad de expresión y de información. El antes señalado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo ha dejado establecido cuando señala que el derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales, por lo cual puede estar sujeto a restricciones legales que son necesarias para asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás (artículo 19).

Igualmente, conforme hemos visto, la práctica cotidiana de los medios de comunicación de difundir las imágenes, publicar las fotografías, fichas del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y nombres de los detenidos o investigados luego de que han sido detenidos, es un hecho, a todas luces, preocupante, más aún cuando el imaginario social ve esta práctica como normal cuando en realidad vulnera fundamentos doctrinarios, legales y constitucionales que garantizan el derecho bajo estudio, conforme ya hemos visto. En el aspecto legal, las normas precitadas del Nuevo

Código Procesal Penal tratan de evitar la vulneración a este derecho, pero que no están dirigidos a los medios de comunicación. Ya dijimos que en el derecho comparado se acepta que situaciones de intervenciones mediáticas que pongan en riesgo derechos fundamentales de las partes pueden ser objeto de limitaciones.

En el marco supranacional, estas prácticas violan el artículo 11, fracción I de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que señala que:

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a ley y en juicio público en el que se haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

También violan la Constitución Política Peruana que prescribe en su artículo 2, inciso 24), que *“Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”*. Como hemos visto, la doctrina respecto a la relación entre medios y justicia es unánime al establecer que los juicios paralelos vulneran el derecho bajo estudio, que es avasallo y anulado por el resultado efectivista de los medios de información que luchan por el *rating*, conforme lo señala el autor antes citado Javier Esteinou. Por ello, se deben plantear reformas legislativas que signifiquen un desarrollo de la consagración del principio de la presunción de inocencia, y que impidan que alguna persona sea acusada públicamente de haber cometido un delito cuando no existe una sentencia judicial previa o que se difunda su imagen cuando esté detenido o que se publique su nombre (mucho más si es menor de edad donde debe haber una prohibición absoluta), y que en todo caso, como en otros países, se publiquen únicamente sus imágenes o iniciales o su imagen distorsionada. Si bien existe la censura previa, la regulación podría realizarse sin vulnerar el contenido esencial del derecho a la información, como se ha hecho en otros países que han criminalizado la presentación pública de la autoridad policial y han dotado a jueces y fiscales de normas que les permitan controlar y garantizar dicho derecho constitucional.

Es ilustrativo que del total de los países analizados, el 100% ha establecido el principio de la presunción de inocencia en sus códigos adjetivos, y el 50% expresamente han señalado la prohibición de informar y de presentar a los medios de comunicación a los investigados, esto es, con el fin de garantizar su derecho a la presunción de inocencia y de no ser condenado anticipadamente en los llamados “juicios paralelos”, lo que en una interpretación *contrario sensu* significa que la difusión de las imágenes, fotografías y nombres de los investigados sí constituye una vulneración del derecho materia de



estudio y dicha concepción es total y rotunda en los países analizados. Sin embargo - como ya notáramos- se deben ampliar los alcances de la legislación peruana, y ya no solo disponer el cese de la publicación sino -aunque por ahora no se puede prohibir a los representantes legales, directores, editores o a los propios periodistas la publicación en los medios- por lo menos que se les obligue a que publiquen a través del medio que cometió el abuso la rectificación como una forma de resarcimiento del daño moral.

En un estudio realizado por el suscrito en la Provincia de Ascope, La Libertad, en el año 2009, relativo a los casos difundidos en los medios, específicamente en los periódicos como La Industria, Nuevo Norte y Correo (regional), desde el 2006 al 2008, donde aparecieron los nombres y fotos de los investigados vinculados a la comisión de algún delito dentro de la Provincia antes mencionada, se obtuvieron resultados interesantes (ver Anexos N° 1 y N° 2). Así, de los 44 casos difundidos entre todos los medios, se verificaron los siguientes resultados: 15 fueron condenados (32.09%), y 2 absueltos (4.54%); en 8 casos se dictó sobreseimiento (18.18%), 2 fueron archivados en investigación preliminar (4.54%) y 17 se encontraron en trámite (38.63%). Es decir, del 100% de los casos el 27.26% no se les encontró responsabilidad, sin embargo sus fotos y sus nombres fueron publicados -en algunos casos- con grandes titulares. Así tenemos un caso donde hubieron varios procesados a quienes se les tildó de “violadores” y sus fotos salieron repetidamente durante varios días. Luego de culminado el proceso judicial, como en los demás casos, el medio que publicó esta noticia nunca realizó la rectificación a efectos de resarcir el daño moral (ver Anexo 3). Si bien es cierto se vulneró el derecho a la presunción de inocencia con el solo hecho de la difusión de las fotografías y nombres de los investigados cuando la investigación estaba en trámite, más grave aún es que se les expuso a los medios cuando eran inocentes, ya que luego de la investigación no se les encontró responsabilidad alguna; peor aún, el medio de comunicación nunca hizo la rectificación.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. Existen fundamentos doctrinarios, legales y constitucionales que establecen que la difusión de imágenes y la publicación de las fotografías y nombres de los detenidos e investigados a través de los medios de comunicación, constituye violación del derecho a la presunción de inocencia.
2. En relación al derecho de la presunción de inocencia, la libertad de expresión y de información entraña deberes y responsabilidades, por lo cual dicha libertad puede

estar sujeta a restricciones legales sin que dicha regulación constituya una violación a las mismas. Sin embargo, al estar prohibida la censura previa por mandato constitucional, conforme lo señala el inciso 4) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, no se pueden instaurar normas preventivas que impidan el abuso del ejercicio de la libertad de expresión y de información, estando únicamente el ejercicio de este derecho sujeto a responsabilidades ulteriores. Para ello se tendría que instar una reforma constitucional.

3. La legislación procesal penal no es todavía efectiva ni suficiente para resguardar y garantizar el derecho a la presunción de inocencia, que se vulnera día a día frente a la maquinaria y el poder de las *mass media*, en razón que no está dirigida a prohibir a los medios de comunicación la difusión de imágenes o fotografías (se incluyen las fichas de RENIEC) o nombres de las personas sometidas a una investigación cuando son todavía inocentes, lo que en el caso peruano se encuentra prohibido por mandato constitucional conforme lo hemos dejamos establecido por lo que no se puede regular. Tampoco se han establecido normas que obliguen a los medios a publicar una suerte de rectificación cuando a los ofendidos no se les encontró responsabilidad, lo que sería una forma de resarcimiento del daño moral a la víctima y a su familia. Sin embargo, más allá de la censura previa, la regulación estaría encaminada a respetar el contenido esencial del derecho a la información, como se ha realizado en el derecho comparado al tipificar como delito la presentación pública de los detenidos por parte de la autoridad policial, al instaurar sanciones graves a la violación del secreto sumarial o al dotar al Juez o Fiscal de capacidad legal y medios suficientes para amparar cualquier vulneración del derecho en comento.



VII. BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS

- BINDER, Alberto. (1993). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Edit. Ad Hoc.
- ECO, Umberto. (1990). *Apocalípticos e integrados*. Barcelona, Edit. Lumen.
- DIVISIÓN DE ESTUDIOS LEGALES DE GACETA JURÍDICA (2006). *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Gaceta Jurídica SA.
- ESPÍN TEMPLADO, E. s/año. "Nombre de artículo". En: Revista Poder Judicial. Especial XIII, pág. 123, citado en JUANES PECES, A. (1999). *Los juicios paralelos*. Actualidad Jurídica Aranzadi N° 378. Pamplona, Ed. Aranzadi SA.
- FERRAJOLI, Luigi. (2006). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 8va. Edición. Madrid, Editorial Trotta SA.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. (1987). *La Presunción de Inocencia en la Jurisprudencia Constitucional*. Madrid, Akal Editorial.
- JENOWITZ, M. (1952). *The Community Press in a Urban Setting*. Glencoe, Free Press. Citado por McQUAIL, Denis. (1972). *Sociología de los Medios Masivos de Comunicación*. Traducción de Silvia Kutnowsky, Buenos Aires. Paidós.
- MASTERMAN, L. (1993). *La Enseñanza de los Medios de Comunicación*. Madrid, Ediciones La Torre.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2006). *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Editorial Rodhas SAC.
- QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. (2007). "Medios de Comunicación del Fiscal y relación con el Fiscal." Curso Virtual El Rol del Fiscal en el Nuevo Modelo Procesal Penal. Escuela del Ministerio Público.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. Lima. Editora Jurídica Grijley.
- SENTÍS MELENDO, Santiago. (1971). *In Dubio Pro Reo*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo. (2004). *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Lima. Editora Jurídica Grijley.

B. TEXTOS LEGALES

- ____ (2007). *Código Penal. Diez Códigos y Leyes*. Lima, Juristas Editores EIRL.
- ____ (2007). *El Código Penal en su Jurisprudencia*. Lima, Gaceta Jurídica SA.

C. INTERNET

- BARATA, Francesc. "La Mass Media y la Información Criminal. El Caso 'Caso King' y las Perversiones Mediáticas". En: <http://www.audiovisual.net/publicaciones>
- BARRERO ORTEGA, Abraham. "Juicios Paralelos y Constitución: su Relación con el Periodismo". En: <http://www.revistalatinacs.org/2002/latina47febrero/4703barrero.htm>

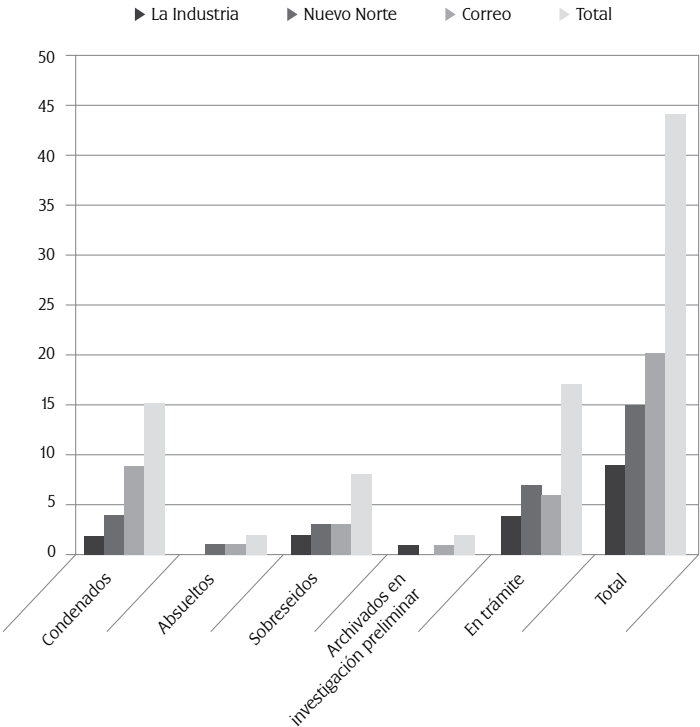
- CANTARERO, Mario Alfredo. "Periodismo: de la 'Prensa' a la Imprecisión Cultural". En: http://www.razonypalabra.org.mx/antiores/n24/24_mcantarero.html
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. "Juicios Paralelos y Derechos Fundamentales del Justiciable". En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=854111>
- ____ "Definición de Medios de Comunicación". En: <http://www.elprisma.com/apuntes/curso.asp?id=9923>
- ESTEINOU MADRID, Javier. "Linchamiento Mediático y los Juicios Paralelos". En: <http://www.razonypalabra.org.mx/antiores/n44/jesteinou.html>
- GARGUREVICH, Juan. "Los Periodistas – Historia del Gremio en el Perú". En: <http://blog.pucp.edu.pe/item/14427/los-periodistas-historia-del-gremio-en-el-peru-por-juan-gargurevich>
- GONZÁLES, Enrique. "La Responsabilidad de los Medios de Comunicación es una Obligación bajo el Derecho Internacional". En: <http://www.aporrea.org/actualidad/a11019.html>
- LELLO, Iván Gustavo. "Justicia Penal y Medios de Comunicación". En: <http://www.ull.es/publicaciones/latina/2001/latina41may/53lello.htm>
- PRUTSKY COLORDO, Dalith. "Historia de La prensa en el Perú". En: <http://www.monografias.com/trabajos40/historia-prensa-peru/historia-prensa-peru.shtml>
- QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. "Presumirse Inocente, Sentirse Libre y Amparado: Momentos Claves para Defender la Presunción de Inocencia". En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2004_09.pdf
- RABOY, Marc y SOLERVINCENS, Marcelo. "Medios de Comunicación". En: <http://www.vecam.org/article683>
- RIVERA SÁNCHEZ, Milagros. "La Regulación de las Telecomunicaciones en Chile y la Esquiva meta de la Transparencia". En: <http://www.milagrosvivera.com/regulacion.htm>
- SAENZ ZUMBADO, Luis. "Publicidad Periodística de los Procesos Penales". En: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2004/saenz04.htm>
- SORIA, Carlos. "Fundamentos Éticos de la Presunción de Inocencia o la Legitimidad del Periodismo de Denuncia". En: http://www.unav.es/fcom/comunicacionsociedad/es/articulo.php?art_id=292
- SOLERVINCENS, Marcelo. "Medios de Comunicación". En: <http://www.vecam.org/spip.php>
- TORRES BOURSAULT, Leopoldo. "Presunción de Inocencia, una asignatura pendiente". En: <http://www.masactual.com/noticia.asp?ref=261>
- TORRICO VILLANUEVA, Erick R. "La Escenificación Mediática de los Conflictos". En: <http://www.saladeprensa.org/art311.htm>
- TORRICO VILLANUEVA, Erick R. "La Escenificación Mediática de los Conflictos". En: <http://www.saladeprensa.org/art311.htm>
- PINEDA, JACARANDA. "La Regulación de los Medios de Comunicación, un debate abierto". En: <http://www.razonypalabra.org.mx/antiores/n17/17jpineda.html>



ANEXOS

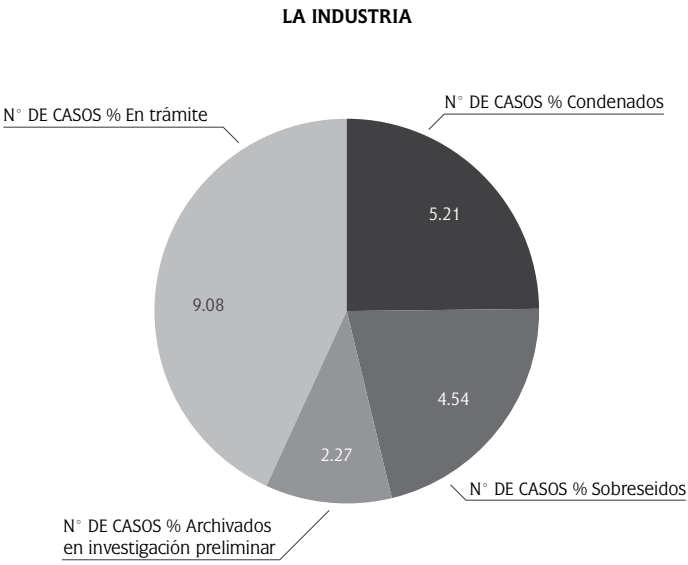
Anexo N° 1
CASOS DIFUNDIDOS EN LOS PERIÓDICOS DESDE EL 2006 AL 2008

DIARIO	N° DE CASOS					
	Condenados	Absueltos	Sobreseídos	Archivados en investigación preliminar	En Trámite	TOTAL
LA INDUSTRIA	2	0	2	1	4	9
NUEVO NORTE	4	1	3	0	7	15
CORREO	9	1	3	1	6	20
TOTAL	15	2	8	2	17	44

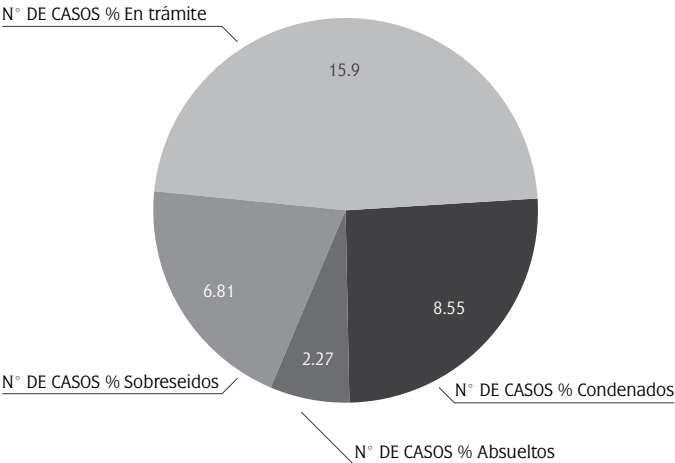


Anexo N° 2
CASOS DIFUNDIDOS EN LOS PERIODICOS DESDE EL 2006 AL 2008

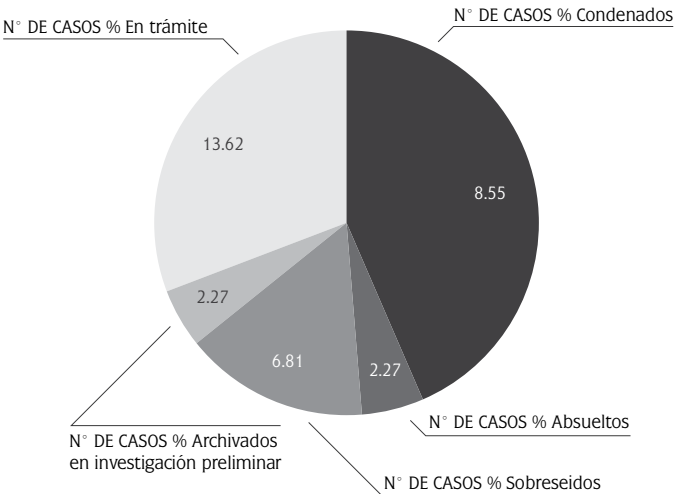
DIARIO	N° DE CASOS					
	Condenados	Absueltos	Sobreseídos	Archivados en investigación preliminar	En Trámite	TOTAL
LA INDUSTRIA	5.21	0	4.54	2.27	9.08	20.45
NUEVO NORTE	8.55	2.27	6.81	0	15.9	32.09
CORREO	19.25	2.27	6.81	2.27	13.62	45.45
TOTAL	32.09	4.54	18.18	4.54	38.63	100



NUEVO NORTE



CORREO



► SEGUNDO PUESTO

EL DERECHO DE REPOSICIÓN LABORAL CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Un análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el derecho de reposición de los trabajadores frente a despidos inconstitucionales y sobre la puesta en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo como un mecanismo de protección laboral

Dr. RENÉ SANTOS CERVANTES LÓPEZ

43

Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) en el año 2009. Egresado de la Maestría de Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional (2007) en la Universidad Nacional de San Agustín. Realizó estudios en la Universidad Católica de Santa María, obteniendo el título de Magíster en Derecho Civil (2003), y estudios de Doctorado en la Universidad Católica de Santa María, egresando en el año 2002.

*“El proceso laboral no es en sí mismo un derecho,
es un instrumento de aplicación del Derecho del Trabajo
para hacer posible que los derechos materiales laborales
puedan ejercitarse real y efectivamente, resultando así ser el soporte
del derecho a la tutela judicial efectiva”
Francisco Pérez Amorós*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La limitación de la tutela jurisdiccional por el criterio del “asunto controvertido”. Un ex trabajador de una empresa que consideraba que el despido del que había sido víctima era arbitrario, recurrió a la vía constitucional a través del proceso de amparo laboral, a fin de que se deje sin efecto el despido y se ordene a la empleada que lo reponga en su puesto de trabajo. Luego de que las instancias judiciales declararan improcedente su pedido, finalmente el expediente llegó al Tribunal Constitucional mediante recurso de agravio constitucional. El Alto Tribunal resolviendo el caso en STC N° 08431-2006-PA/TC, señaló que *“la pretensión de la parte demandante no procede porque existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado”*, añadiendo:

“Que, en consecuencia, siendo el asunto controvertido uno del régimen laboral privado, los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley N° 26636, observando los principios laborales que se hubiesen establecido en su jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales (cfr. Fund. 38 de la STC N° 0206-2005-PA/TC)”.

Se resolvió declarar improcedente la demanda de amparo interpuesta, ordenando la remisión del caso al juzgado de origen para que proceda conforme a lo señalado anteriormente, es decir, a la reconducción del proceso en la vía laboral ordinaria. Pues bien, remitido el expediente a la vía ordinaria, el Juzgado Laboral le otorgó tres días de plazo al trabajador para que precise *“la causal a incoarse”*. El trabajador da respuesta a lo solicitado mediante un escrito pidiendo su reposición pero *“sin especificar ninguna causal del Decreto Supremo N° 003-97-TR”*, por lo que el A quo, tuvo por no presentada la demanda reconducida. El trabajador interpuso recurso de apelación señalando *“que la causal debe integrarse a partir de la interpretación y el análisis de los hechos que*



rodearon el despido”, sin embargo el A quem confirmando la recurrida merituó “que no existe causal de nulidad de despido que sustente la pretensión”. Ante esta nueva denegatoria, el trabajador interpuso otro amparo laboral, esta vez contra las resoluciones que le denegaban el acceso a la tutela jurisdiccional en la vía ordinaria laboral, sin embargo el Tribunal Constitucional resolviendo el caso en la STC N° 01467-2010-PA/TC, señaló lo siguiente:

“Se evidencia que las instancias judiciales han justificado sus decisiones sobre la base de los hechos y la norma procesal pertinente. En consecuencia, lo que en realidad pretende el recurrente es la revisión en esta vía de todo lo compulsado en las instancias inferiores, lo cual no es materia de análisis de los procesos constitucionales, máxime si, como se demuestra, no se evidencia indicio alguno de irregularidad en el proceso que vulnere los derechos invocados por el recurrente”.

Finalmente declaró improcedente la demanda interpuesta, quedando así desprotegido el trabajador frente al despido que él consideraba arbitrario e injusto.

Este criterio del Alto Tribunal, de considerar la improcedencia de las demandas de amparo laboral por tratarse de “asuntos controvertidos” o por la “insuficiencia de material probatorio” que no permitirían crear convicción en el juez constitucional para resolver el fondo de la pretensión en sede constitucional, fue desarrollado en forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³², así como el criterio de “reconducción” de dichas demandas en la vía ordinaria laboral³³.

³² Véase las STC derivadas de los Expedientes N° 06182-2008-PA/TC, N° 00755-2007-PA/TC, N° 04890-2006-PA/TC, N° 10352-2006-PA/TC, entre otros. Siendo el argumento esgrimido el siguiente: “Que, de acuerdo a los criterios de procedencia establecidos en los fundamentos 19 y 20 de la sentencia precitada, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en el presente caso, debido al insuficiente material probatorio obrante en autos (por ejemplo, no existe contrato o documento alguno que indique haber laborado a partir del 01 de marzo del 2007 bajo la modalidad de servicios no personales), lo cual impide crear convicción en el juez constitucional, la pretensión del recurrente no puede ser evaluada en esta sede constitucional”.

³³ Este criterio de reconducción de las demandas a la vía ordinaria judicial fue señalado por el Tribunal Constitucional al establecer las reglas procesales para materia pensionaria en los fundamentos 54 a 58 y 60 a 61 de la STC N° 1417-2005-PA/TC, caso Manuel Anicama Hernández, recogido en la STC N° 206-2005-PA/TC para el caso de demandas de amparo de materia laboral individual privada en el Fundamento 37.

1.1. La limitación de la tutela jurisdiccional por el tema de las “reconducciones”

Sin embargo, tales “adaptaciones” de las demandas de amparo laboral, declaradas improcedentes en sede constitucional y “reconducidas” al proceso laboral en la vía judicial ordinaria, con aplicación de la Ley N° 26636³⁴, Ley Procesal del Trabajo, evidenció también en la *praxis* serios problemas de acceso a la tutela jurisdiccional. Al ser “reconducidas” las demandas de reposición a la vía laboral ordinaria, los trabajadores reiteraban sus pedidos de “reposición al centro de trabajo”, pedido que normalmente era rechazado liminarmente en sede judicial, en vista que la Judicatura Laboral interpretó que en el marco legal del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, no se contemplaba la posibilidad de una pretensión restitutoria (reposición) sino tan sólo una resarcitoria (indemnización) para los trabajadores despedidos arbitrariamente o injustificadamente; criterio judicial de “rechazo liminar” que fue corregido inicialmente por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, que en la STC derivada del Expediente N° 2374-2008 Ica señaló que con la declaración de improcedencia “se le ha privado del acceso a la justicia afectando su derecho a la tutela procesal y al debido proceso”. Sin embargo, aún cuando dichas demandas reconducidas podían ser admitidas en algunos casos con una pretensión restitutoria (reposición), finalmente, al momento de resolverse la *litis* eran declaradas “improcedentes”, interpretándose que el artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR señalaba que los Jueces Laborales sólo podían conocer y disponer de una reparación indemnizatoria por el despido incausado y, siendo que los trabajadores “adaptaban” sus demandas a una de “nulidad de despido” empero basados en la alegación de un despido incausado o arbitrario, se señalaba que las “causales de nulidad de despido” son taxativas y se halla reguladas en el artículo 29 del Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo N° 728, por lo que al no encontrarse el supuesto alegado por los trabajadores en ninguna de estas causales, se concluía que las demandas devenían en “improcedentes” se entiende por no existir conexión lógica entre los hechos y el petitorio; criterio judicial que se encontraba respaldado por la Casación N° 1037-2005 que estableció que, en la vía laboral, la pretensión de nulidad de despido busca proteger al trabajador cuyo cese se produce por afectación de sus derechos fundamentales mediante el otorgamiento de una tutela reparadora (reposición a su centro de trabajo),

³⁴ La Ley N° 26636 (del 24 de junio de 1996), Ley Procesal del Trabajo, fue derogada por la Ley N° 29497 (del 15 de enero del 2010), Nueva Ley Procesal del Trabajo. Según la Novena Disposición Complementaria de la NLPT, su aplicación se efectuaría de forma progresiva en la oportunidad y en los distritos judiciales que disponga el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial; es por ello que actualmente en algunos distritos judiciales sigue aplicándose la Ley N° 26636.



a diferencia del despido arbitrario que busca proteger al trabajador frente a un despido sin expresión de causa o por no poderse demostrar ésta en juicio, mediante una tutela resarcitoria (pago de una indemnización tarifada); así como por lo establecido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República en la Casación N° 3034-2009, que distinguió que la protección legal del trabajador contra un acto de despido ya sea motivado o inmotivado (arbitrario), tenía dos tipos de reparación: una “restitutoria”, que se materializaba con la reposición del trabajador en su puesto de trabajo y que encontraba sustento en los supuestos contenidos en el artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, y otra “resarcitoria” que procedía cuando existía un despido pero éste no tenía motivación y que correspondía una indemnización pecuniaria prevista en el artículo 38 del mismo cuerpo legal, añadiendo en relación a los despidos inconstitucionales que:

“Que, de otro lado, cabe precisar que en base a la urgencia de los derechos involucrados y por haberse producido una lesión de derechos constitucionales (de acuerdo al criterio adoptado en la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente número 206-2005-PA/TC, de fecha veintiocho de noviembre de dos mil cinco, Caso: César Antonio Baylón Flores con la Empresa Prestadora de Servicios - EMAPA Huacho Sociedad Anónima) el proceso de amparo también resulta procedente para solicitar una protección de carácter restitutorio (readmisión en el empleo), el cual no sólo se limita a los supuestos de nulidad de despido contenidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sino también cuando se invoca un ‘Despido Incausado o Fraudulento’, lo que garantiza al trabajador afectado la consagración de una tutela plenamente restitutoria que permite reponer el goce integral y el ejercicio pleno de su derecho constitucionalmente protegido, esto es, el derecho al trabajo; por tanto, la opción respecto a la tutela restitutoria o la tutela resarcitoria es un derecho que ejerce el trabajador despedido y lo expresa en el proceso judicial optado”

Se cierra entonces la posibilidad de que en la vía ordinaria se logre una protección de carácter restitutorio buscada dentro de un proceso de “nulidad de despido” y tramitada en la vía ordinaria laboral, porque para que proceda

“... el pedido del demandante deberá necesariamente encontrarse sustentado en alguno de los supuestos que en ‘numerus clausus’ establece el artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, al ser éstas las únicas posibilidades por las cuales -en caso de ampararse su pretensión- se puede ordenar la reincorporación de actor a su puesto habitual de trabajo”.

1.2. La limitación de la tutela jurisdiccional por no ordenarse la “reconducción”.

Finalmente, el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, tal como la STC N° 06182-2008-PA/TC, fue de la opinión de declarar improcedentes las demandas de amparo laboral interpuestas por el criterio señalado líneas arriba, empero esta vez “sin ordenar la reconducción del proceso a la vía ordinaria laboral”, criterio que generó un nuevo obstáculo para el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva por parte del trabajador; es decir, luego que el trabajador transitara infructuosamente por la vía constitucional -donde se efectuaba un pronunciamiento inhibitorio a su pedido de reposición (por las razones señaladas anteriormente)- podía interponer su demanda en la vía ordinaria laboral, peticionando directamente al Juez Laboral (por no haber mandato de “reconducción”) la “reposición” y en algunos casos la propia “indemnización” por el despido que él consideraba arbitrario; empero, dichas demandas eran rechazadas de plano aplicándose el plazo de “caducidad” previsto en el artículo 36 del Decreto Supremo N° 003-97-TR. El Tribunal Constitucional, en la Resolución del 13 de abril del 2009 derivada del Expediente N° 04619-2007-PA/TC, en relación a un pedido de aclaración de un trabajador que consideró que debió “ordenarse la reconducción del expediente al juzgado laboral ordinario conforme a los fundamentos 35 a 38 de la STC N° 206-2005-PA/TC”, el Alto Tribunal consideró que:

“Que a través de su jurisprudencia este Colegiado ha ido precisando la aplicación de sus precedentes vinculantes, señalando que tratándose de procesos de amparo en materia laboral privada, como es el caso de autos, la remisión de los expedientes a los juzgados laborales ordinarios sólo se efectuará para aquellos procesos que se encontraban en trámite a la fecha de publicación de la mencionada sentencia, por lo que en el caso de los procesos iniciados con posterioridad al 22 de diciembre del 2005, como ocurre en esta causa, no corresponde ordenar remisión alguna”.

1.3. La limitación a la tutela jurisdiccional por aplicación del plazo de caducidad

Bajo este criterio (de no reconducción) sucedió entonces que las demandas de reposición o indemnizatorias propuestas en sede ordinaria laboral (efectuadas luego de transitar por la vía constitucional con pronunciamientos inhibitorios), fueron declaradas de plano improcedentes pero esta vez por “caducidad” al amparo del artículo 36 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que establece un plazo de caducidad para los casos de nulidad



de despido, despido arbitrario y hostilidad. Nótese incluso que dicho numeral no preveía un plazo de caducidad para el caso de despidos considerados inconstitucionales según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Nuevamente entonces se les cerraba la puerta de acceso a la tutela jurisdiccional a estos trabajadores que consideraban que su despido fue efectuado de modo arbitrario.

En consecuencia, tal como se ha podido revisar, en todos estos casos existe un común denominador: el trabajador se halla desprotegido en cuanto a su derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, lo que no significa necesariamente que el derecho invocado debiera ser estimado sino que negarle simplemente la posibilidad de poder siquiera discutir su derecho a reclamar contra un despido que consideraba arbitrario pudiera resultar a su vez arbitrario, ya que no se podía discutir su derecho de impugnar el despido y lograr su reposición ni en la vía constitucional ni en la vía ordinaria laboral, lo cual es objeto de análisis en el presente trabajo a fin de proponer soluciones posibles a este problema de desprotección del trabajador despedido injustamente.

Trataremos entonces de desentrañar una explicación al problema que se nos presenta, primero precisando los derechos que se hallan en conflicto, luego utilizando una perspectiva de evolución histórica, posteriormente un análisis del estado de la cuestión principalmente desde el desarrollo de la jurisprudencia constitucional y, finalmente, evaluando si la puesta en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo influye o no en la solución del problema, cerrando el tema con las conclusiones del presente trabajo.

II. EL DERECHO DE REPOSICIÓN DEL TRABAJADOR Y LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN

Se ha señalado anteriormente que en algunos casos se le niega al trabajador la posibilidad siquiera de poder discutir el derecho que reclama de haber sido objeto de un acto discrecional injusto de despido y, por tanto, reclama la reposición en el centro de trabajo como un acto de reivindicación de su dignidad como trabajador y de justicia laboral por ser la parte económicamente débil de la relación laboral. Pero es aquí donde previamente nos debemos hacer esta pregunta ¿existe realmente este derecho laboral a la reposición?, y de ser así ¿en qué casos procede su exigibilidad? y lo más importante: ¿este derecho resulta eficaz; es decir, se puede lograr efectivizarlo ante las autoridades jurisdiccionales y así lograr su ejecución en el caso de ser estimada la demanda?

El derecho laboral de reposición no es un derecho meramente procesal o adjetivo, tratado algunas veces como un derecho “opcional” que tendría el trabajador. Considero

al derecho de reposición como un derecho subjetivo del trabajador de trascendencia constitucional, humana, propio de la dignidad de todo trabajador, que se trasluce en la afirmación de que nadie puede ser despedido sin una razón o un motivo, a simple discreción o facultad del empleador. Por tanto, dicho derecho no puede desprenderse sino de una visión constitucional que se desprende del derecho constitucional al trabajo y a la conservación de éste mientras no se incurre en una inconducta funcional. La reposición es la expresión más auténtica del derecho al trabajo por ser no solo una fuente de ingreso económico para el sustento del trabajador y de su familia sino, sobre todo, por ser un modo de realización personal del ser humano.

El Tribunal Constitucional considera a esta clase de despido como un despido *ad nutum*, es decir, aquel que es efectuado sin causa o de modo fraudulento por el empleador, por el mero hecho de ejercer su posición de poder³⁵. En la STC N° 1124-2001-AA/TC se ha señalado que el artículo 27 de la Constitución de 1993 no debe considerarse “como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una ‘facultad de despido arbitrario’ hacia el empleador”. Asimismo, en relación al segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR, ha señalado que:

“... es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo, es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional”³⁶.

³⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. (2007). *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Primera Edición. Lima, editorial, p. 95 comenta: “Las diferencias entre ambos preceptos son evidentes (refiriéndose al artículo 48 de la Constitución de 1979 y al artículo 27 de la Constitución del 93), tanto en lo que afecta de imperatividad, inmediata en el primero y diferida en el segundo, como en cuanto a su contenido. Aún así como se encargarían de poner de manifiesto ya los primeros comentaristas del texto, el artículo 27 de la nueva Constitución comparte con su precedente un rasgo fundamental: la interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad resolutoria del contrato de trabajo y la consiguiente consideración del despido basado exclusivamente en ella con un acto ilícito, carente del respaldo del ordenamiento jurídico. El despido *ad nutum*, es decir, fundado en la sola voluntad extintiva del empleador, encuentra, de este modo, un expreso rechazo dentro del texto constitucional, que parte más bien de configurarlo como una institución causal”.

³⁶ Como apunta SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. (2007). Op. Cit., p. 97: “Su efecto principal sería, así pues, antes que imponer un régimen de estabilidad ‘real’ o ‘absoluta’, forzar al empleador a expresar cada vez que desee extinguir el contrato de trabajo la causa que fundamenta su decisión, en clara consonancia con el sentido del mandato constitucional. Al no haber operado de este modo, el legislador terminó por dejar abierto un importante espacio para el ejercicio sin alegación de causa de la facultad resolutoria



Al respecto Blancas Bustamante precisa que:

*"La doctrina conoce a esta forma de extinción de la relación de trabajo como despido ad nutum que ... ha de entenderse como un ejercicio del poder empresarial sin limitaciones de ninguna clase. Sin límites causales, de modo que pudiera ser despedido el trabajador en cualquier momento y sin alegación de causa alguna; sin límites formales, de manera que el despido pudiera realizarse sin necesidad de someterse a reglas o normas formales determinadas, y sin límites en los efectos o consecuencias, de suerte que la resolución no arrastrase consigo la obligación empresarial de indemnizarse daños y perjuicios"*³⁷.

Si bien nuestra legislación laboral admite la "causa justa" como un elemento necesario para la procedencia legítima del despido (artículo 25 del Decreto Legislativo N° 728), sin embargo, en dicha configuración legal, cuando no acredita dicha "causa justa" en juicio, procede sólo el derecho a una indemnización como única reparación por el daño sufrido. Empero, si el empleador se vale de este "procedimiento legal" de modo fraudulento para extinguir la relación laboral, se mella la dignidad del trabajador, y es allí donde nace el derecho restitutorio del trabajador de poder seguir laborando en el centro de trabajo por no haber causa o por ser esta inventada con ánimo perverso por el empleador. El Alto Tribunal en la STC N° 976-2001-AA/TC ha señalado que si se advierte "(...) la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional" (Fundamento 13, párrafo *in fine*), deben reponerse las cosas al estado anterior, es decir, restituyendo al trabajador a su centro de trabajo, del cual fue despedido arbitrariamente. Es por ello que concluye que el considerar que ante esta clase de despido el trabajador sólo tenga derecho a un pago indemnizatorio, "Tal postura, en torno a las implicancias del artículo 27 de la Constitución, desde luego, soslaya el régimen procesal que también cabe comprender dentro de dicha cláusula constitucional y que constituye un derecho del trabajador despedido arbitrariamente" (Fundamento 14, tercer párrafo).

La legislación laboral ordinaria previó en el artículo 34, segundo párrafo, que si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización; mientras que en el tercer

empresarial. Es decir, para el funcionamiento en la práctica de un sistema de "despido libre y sin causa", bien que indemnizado".

³⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. (2002). *El despido en el derecho laboral peruano*. Primera Edición. Lima, Ara Editores, p. 63.

párrafo señala que, en los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda, el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia opte por la indemnización. Sin embargo el Tribunal Constitucional, en la sentencia acotada anteriormente, señaló que los despidos "arbitrarios" o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, tenían una protección adecuada dual como opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado); precisó, sin embargo, que esta orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia laboral no conllevaba a la estabilidad laboral absoluta sino al "reforzamiento de los niveles de protección a los derechos del trabajador frente a residuales prácticas empresariales abusivas respecto al poder para extinguir unilateralmente una relación laboral". Se distinguen así tres clases de despido conocidos jurisprudencialmente como el Despido Nulo, el Despido Incausado y el Despido Fraudulento, que nosotros los denominaremos como "despidos inconstitucionales".

En la doctrina nacional se acepta pacíficamente que "los despidos que tienen un motivo prohibido o los que violen derechos fundamentales serán cuestionables desde el punto de vista constitucional no solo por afectar el derecho al trabajo sino por afectar otros derechos fundamentales, es decir, se trata de despidos 'pluriofensivos'"³⁸. Por tanto, señala Vinatea Recoba, existen diferentes mecanismos de protección: para los despidos calificados como arbitrarios, les correspondería una indemnización; a los despidos nulos, la reposición; y a los despidos que violan cualquier derecho constitucional incluidos los nulos, la reposición³⁹. Podemos sostener entonces que el derecho de reposición nace precisamente del despido que se produce por afectación de derechos fundamentales de la persona⁴⁰.

Ahora bien, el mecanismo de protección frente a un despido inconstitucional, no previsto en la norma sustantiva el Decreto Legislativo N° 728 ni en la norma procesal Ley

³⁸ NEVES MUJICA, Javier. (...) "Los conceptos y los efectos de la sentencia del caso Telefónica". En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Año 8. Número 49. Octubre 2002. Ciudad, editorial, p. 46.

³⁹ VINATEA RECOBA, Luis. "La 'adecuada protección procesal' contra el despido arbitrario: Comentarios a la sentencia de fecha 13 de marzo del 2003 emitida por el Tribunal Constitucional Peruano". En: *Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia laboral y provisional*. Primera Edición. Lima, Academia de la Magistratura, octubre 2004, p. 112.

⁴⁰ Señala SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2007). Op. Cit., p. 98, lo siguiente: "La consecuencia principal de esta jurisprudencia ha sido, precisamente, desautorizar varias de las prácticas desviadas a las que dio lugar la aplicación del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sustituyendo respecto de éstas el pago de una indemnización previsto como reparación ordinaria por dicho precepto, por la reposición del trabajador en el puesto de trabajo que venía ocupando".



N° 26636, era indudablemente la acción de garantía o amparo laboral que supone hacer viable el derecho de reposición, derecho que -como hemos señalado- se desprende del derecho al trabajo. El Alto Tribunal señaló que para hacer efectivo este derecho subjetivo se requería:

“... establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional”.

Y ello es así porque no se puede hablar de un derecho subjetivo sin la existencia de un mecanismo procesal que pueda hacerlo efectivo; en este caso, el Tribunal Constitucional consideró el amparo laboral como el mecanismo idóneo para hacer valer este derecho de carácter sustantivo. Ahora bien, es cierto que la ley fija otro régimen sustantivo de protección distinto y de tipo indemnizatorio, pero ello no es materia de discusión; el tema es si el trabajador puede invocar este derecho de reposición frente a un despido inconstitucional y si el amparo laboral se constituye como el mecanismo idóneo para hacer valer este derecho lo cual, con el desarrollo de la jurisprudencia constitucional sobre este tipo de casos desde la expedición del Caso Telefónica, creo que ya no puede admitir mayor discusión, por lo menos desde un punto de vista de predictibilidad, en vista que los jueces deben interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional tal como prevé el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En conclusión, el derecho al trabajo previsto en el artículo 22 y la “adecuada protección” prevista en el artículo 27 de la Constitución, supone que cuando nos encontremos frente a un despido incausado⁴¹, en los términos señalados por el Tribunal Constitucional, existe derecho a la reposición como un derecho de naturaleza sustantiva, no prevista en la ley pero desarrollada por el Alto Tribunal como una interpretación constitucional. La vía procesal para hacer efectivo este derecho, en los supuestos antes mencionados, es la vía constitucional a través del proceso de amparo.

⁴¹ En doctrina se suele distinguir que los despidos que carecen de causa pueden ser de dos tipos: los que carecen de ella propiamente dichos y los que teniéndola son o no debidamente comprobados. Nosotros nos referimos al primer tipo de despido que puede dar lugar a una pretensión restitutoria, mientras que los segundos sólo pueden dar lugar a una pretensión resarcitoria.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE REPOSICIÓN

Tal como hemos señalado líneas arriba, el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, ha estimado que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27 de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso. Como señala Blancas Bustamante: “La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha encontrado en el ‘derecho al trabajo’ el fundamento para invalidar el despido lesivo de derechos constitucionales y ordenar la reposición del trabajador a su centro de trabajo”⁴². En consecuencia, desde un punto de vista de la eficacia protectora de los mecanismos de protección con que cuenta actualmente el trabajador, nos encontramos frente a un despido lesivo de derechos fundamentales y frente a un régimen de estabilidad laboral absoluto, porque la medida reparadora en el caso que nos encontremos a este tipo de despido (el despido inconstitucional) no es necesariamente el pago de una indemnización económica compensatoria por el daño ocasionado, porque se reconoce al trabajador un derecho para su reposición al centro de trabajo -obligatorio para el empleador-, salvo que el propio trabajador acepte el pago de una indemnización. Plá Rodríguez señala que la estabilidad laboral absoluta “... se caracteriza por asegurar la reincorporación efectiva del trabajador sin que el empleador pueda negar ese reingreso”⁴³.

Pero para comprender mejor la evolución histórica de este derecho, desde un punto de vista legal, se hace necesario revisar como se ha venido tratando este derecho en nuestra legislación nacional desde su puesta en vigencia.

III.1. Década de los setenta

III.1.a) Decreto Ley N° 18471 (del 10 de noviembre del 1970). En esta época se encontraba vigente la Constitución de 1933 que en su artículo 45 establecía que:

“El Estado favorecerá un régimen de participación de los empleados y trabajadores en los beneficios de las empresas, y legislará sobre los demás aspectos de las relaciones entre aquellos y éstas, y sobre la defensa de los empleados y trabajadores en general”.

⁴² BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. (2002). Op. Cit., p. 79.

⁴³ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. (1998). *Los principios del derecho del trabajo*. Tercera Edición. Buenos Aires, Ediciones Depalma, p. 243.



Al amparo de esta norma constitucional y en “defensa de los trabajadores en general”, se indicó que el derecho al trabajo es proclamado por el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por lo que se estableció -por primera vez- un régimen legal de estabilidad laboral en el empleo, que comprendía a los trabajadores de la actividad privada y a los de las empresas públicas sometidos a dicho régimen. En principio, se indicó que los trabajadores no podían ser despedidos sino por las causas señaladas taxativamente en la ley. Asimismo, en el artículo 3 se prescribió lo siguiente:

“Si la causa que justifica el despido no resultare probada por el empleador, este será obligado a elección del trabajador: a) a la reposición en el trabajo y al pago de una suma igual a las remuneraciones que hubiere dejado de percibir hasta el momento de la reposición, así como a los otros derechos que pudiera corresponderle; b) al pago del equivalente de tres meses de remuneraciones si el trabajador se decide por la terminación de la relación de trabajo, además de una suma igual a las remuneraciones dejadas de percibir hasta la fecha de la resolución que pone término a la reclamación, y demás derechos que pudieran corresponderle”.

De lo que se desprende que el derecho de reposición frente a un despido incausado (causa no probada) fue reconocido en nuestro ordenamiento legal. Tales derechos se hacían valer de la siguiente manera: la reposición ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, y la indemnización ante el Fuero Privativo de Trabajo.

III.1.b) Decreto Ley N° 22126 (del 21 de marzo de 1978). Esta norma legal derogó el Decreto Ley N° 18471 pero mantuvo vigente la limitación a la facultad de despido del empleador, exigiendo que éste se base siempre en una causa justa. El artículo 1 previó lo siguiente:

“El presente Decreto Ley ampara a los trabajadores en el derecho a mantener el vínculo laboral y establece las causales de rescisión de dicho vínculo, en los casos en que, por acción u omisión, las partes incumplan sus obligaciones en perjuicio de la producción, la productividad, la disciplina y armonía en el centro de trabajo”.

Empero, bajo este régimen legal, la adquisición del derecho de reposición frente a un despido arbitrario o discrecional se condicionada al cumplimiento de tres años de servicios ininterrumpidos al mismo empleador. El artículo 2.b señalaba lo siguiente:

“Los que ingresen a laborar con posterioridad a la fecha de promulgación del presente Decreto Ley o los que se encuentran en período de prueba o que

reingresen a prestar servicios; todos ellos siempre y cuando cumplan tres años al servicio del mismo empleador en forma ininterrumpida”.

Señala Blancas Bustamante que durante ésta época:

“... se retornó, sin duda, durante aquel lapso de tiempo –un verdadero ‘hinterland’ entre el período de prueba (tres meses) y la adquisición de la estabilidad laboral (tres años)- al despido libre o ad nutm, carente de causa justificada (...) El trabajador que cumplía tres años de servicios continuos adquiriría el derecho de estabilidad laboral absoluto pues, en adelante, sólo podía ser despedido por falta grave ...”.

En relación al derecho de reposición del trabajador con tres años de servicios frente a un despido arbitrario, éste podía ejercerse ante la Autoridad Administrativa de Trabajo y, de ser estimado su cumplimiento, era obligatorio o se podía optar por la indemnización por la vía judicial.

III.2. Década de los ochenta

III.2.a) Ley N° 24514 (del 05 de junio de 1986). Esta norma legal se expidió en el marco de la Constitución de 1979 cuyo artículo 48 estableció lo siguiente: “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada”. Una de las principales modificaciones que trajo la Ley, fue la de regular la adquisición de la estabilidad laboral desde el vencimiento del período de prueba, es decir, desde los tres meses y ya no a partir del tercer año; mantuvo el carácter causal del despido en atención al rango constitucional que había recibido y en cuanto al derecho de reposición frente a un despido arbitrario, se previó que este podía hacerse valer en la vía judicial ordinaria mediante una pretensión denominada “acción de calificación de despido”, por el cual el Órgano Jurisdiccional podía declarar como injustificado o improcedente el despido.

“Artículo 8.- El trabajador que considere que el despido es injustificado o no cumple con los requisitos formales exigidos por esta Ley, podrá recurrir al Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales para que lo declare injustificado o improcedente”.

Declarada fundada la demanda interpuesta, el trabajador podía optar entre que se le reponga al centro de trabajo, o dar por terminada la relación laboral y se le pague una indemnización.



“Artículo 12.- Consentida o ejecutoriada que sea la resolución que declare injustificado o improcedente del despido, el trabajador en ejecución de resolución y en el plazo de ocho días desde la notificación, podrá optar entre su reposición inmediata o la terminación del contrato de trabajo, si ejercitare esta última opción, demandará el pago de la indemnización especial a que se refiere el Artículo 14, así como la compensación por tiempo de servicios y demás beneficios sociales que pudieran corresponderle”.

III.2.b) Ley N° 23506 (08 de diciembre de 1982). Esta norma legal reguló la Ley de Habeas Corpus y Amparo, y tuvo como característica principal que si el agraviado optaba por recurrir a la vía judicial ordinaria ya no podía recurrir al amparo (vías paralelas)⁴⁴; ello respondía al diseño del proceso constitucional regulado en dicha ley que preveía un modelo alternativo, y el amparo no era entendido como una acción “excepcional”, “residual” o “heroica”, es decir, que no sólo la existencia de una vía paralela podía excluir o hacer improcedente que el agraviado recurra al amparo para defender su derecho vulnerado, sino que sólo cuando el actor hubiera recurrido a dicha vía, quedaba privado del derecho a recurrir al amparo⁴⁵.

“Artículo 6.- No proceden las acciones de garantía: 3) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria”

Ahora bien, la vía judicial ordinaria era considerada en este caso “paralela” porque ofrecía al agraviado, en términos de celeridad y efectos reparadores, una protección a su derecho no menor al que podría obtener mediante la acción de amparo. La “acción de calificación de despido” era considerada una vía paralela porque se tramitaba en un procedimiento breve y sumario, que preveía medidas cautelares de suspensión del

⁴⁴ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2008). *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral. Soluciones Laborales*. Primera Edición. Lima, Gaceta Jurídica SA., p. 474, comenta citando a ABAD, Samuel sobre “La acción de amparo y vías paralelas” regulada por la Ley N° 23506, lo siguiente: “Por vía paralela, entendemos cualquier proceso judicial, diferente al amparo, mediante el cual se puede obtener la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado. La acción de amparo sólo procede en la medida en que no exista una vía idónea, capaz de tutelar de manera rápida y eficaz un derecho constitucional afectado”.

⁴⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. (1991). *El derecho de la estabilidad en el trabajo*. Primera Edición. Lima, Asociación Laboral para el Desarrollo (ADEC-ATC), p. 201, comenta al respecto: “No obstante, en el amparo, tal como se ha legislado entre nosotros, la sola existencia de una vía paralela no excluye ni hace improcedente que el agraviado recurra al amparo para defender su derecho vulnerado. Nuestra ley (refiriéndose a la Ley N° 23506), permite al afectado optar entre ambas vías –la judicial ordinaria y el amparo- y sólo en caso que previamente haya optado por la primera, quedará privado del derecho a recurrir a la segunda, es decir, al amparo”.

despido y, fundamentalmente, porque por su efecto, en caso se declaraba fundada la demanda, permitía la reposición al centro de trabajo, pero el hecho de existir esta vía paralela no impedía que el trabajador pudiera recurrir al amparo.

III.3. Década de los noventa

III.3.a) Decreto Legislativo N° 728 (del 12 de noviembre de 1991). Cuyo TUO fue aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR del 27 de marzo de 1997, donde se estableció que frente a un despido arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, daba lugar a que el trabajador tenga derecho a un pago indemnizatorio como única reparación por el daño sufrido.

“Artículo 34.- Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente”.

Bajo la vigencia de esta norma legal ya no se reguló el derecho de reposición que tenía el trabajador frente a un despido arbitrario, salvo para los casos del despido nulo.

III.4. Década del dos mil

III.4.a) Sentencias del Tribunal Constitucional. Con la vigencia de la Constitución de 1993, que estableció en su artículo 27 que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”, el Tribunal Constitucional expidió las siguientes sentencias:

- STC N° 1124-2001-AA/TC LIMA del 11 de julio del 2002 y su Aclaratoria del 16 de septiembre del 2002, seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú SA. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra la Empresas Telefónica del Perú SAA. y Telefónica Perú Holding SA. sobre Acción de Amparo para que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, en virtud de la aplicación de una Plan de Despido Masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la primera de las demandadas. El Tribunal Constitucional, haciendo una interpretación constitucional del artículo 27 de la Constitución y un control difuso del segundo párrafo del artículo 34 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, estableció que la interpretación de que el denominado despido *ad nutum*

sólo podría generar una tutela indemnizatoria que resultaba incompatible con la Constitución porque vaciaba de contenido esencial al derecho constitucional al trabajo al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador dando sólo el derecho a la indemnización, disponiendo que la forma de protección no podía ser sino la de retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, admitiendo entonces la restitución (por la naturaleza del amparo) como una consecuencia consustancial a un acto nulo. De esta forma determinaba que el trabajador libremente podía incoar una pretensión restitutoria en la vía constitucional, dejando la pretensión indemnizatoria como una forma de restitución complementaria o sustitutoria que se podía hacer valer en la vía ordinaria. En sentencia aclaratoria posterior señaló que la inaplicación del segundo párrafo del artículo 34 del Decreto Legislativo N° 728 solo tendría efectos para las partes vinculadas al citado expediente.

- STC N° 976-2001-AA/TC HUÁNUCO del 13 de marzo del 2003, seguido por don Eusebio Llanos Huayco contra Telefónica del Perú SA. sobre Acción de Amparo solicitando se deje sin efecto la Carta Notarial de fecha 16 de febrero del 2001 por considerar que vulnera su derecho constitucional al trabajo, por lo que solicitaba su inmediata reposición en el puesto que venía desempeñando hasta el 21 de febrero del 2001. Se estableció que para la protección “reparadora” contra el despido arbitrario podía establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional que no solo prevea una eficacia resarcitoria (pretensión indemnizatoria) sino una vía procesal de eficacia restitutoria (pretensión de reposición), merituando que para este último supuesto, el régimen de protección procesal restitutorio sería el previsto a través del proceso de amparo constitucional. Así, en la citada sentencia se señaló que: *“En el ámbito del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no es el pago de una indemnización. Es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente”* (Fundamento 13, acápite b.2). Con ello -y de modo trascendente para la justicia laboral constitucional- se concebía para esta vía un despido con un motivo ilícito, que supone la utilización del despido como vehículo para la violación del derecho constitucional por lo que, estableciendo doctrina jurisprudencial, el Alto Constitucional precisó -con efectos restitutorios por infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en los tratados relativos a derechos humanos-, tres casos: el despido nulo, el despido incausado y el despido fraudulento. La competencia establecida por el Tribunal Constitucional para que conozca sobre esta clase de despidos es que la extinción unilateral de la relación laboral se fundamente única y exclusivamente en la voluntad del empleador y que esté afectada de nulidad, lo que dará lugar a la reposición.

- STC N° 0206-2005-PA/TC HUAURA de fecha 28 de noviembre del 2005, seguido por don César Antonio Baylón Flores en contra de la EPS. EMAPA HUACHO SA. y don Víctor Manuel Hacen Bernaola, en su calidad de Gerente General de la citada empresa, sobre acción de amparo solicitando que se declaren inaplicables las carta notarial de imputación de cargos de fecha 03 de marzo del 2004 y la carta notarial de despido de fecha 17 de marzo del 2004 y que por consiguiente se lo reponga en el puesto de asistente de control patrimonial, con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir. El Tribunal Constitucional ratificó el criterio que venía desarrollando respecto a los casos de despidos incausados, fraudulentos y nulos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada, indicando que la vía del amparo era la vía idónea para obtener protección adecuada, incluida la reposición para dicha clase de despidos.

III.4.b) Ley N° 28237 (31/05/2004). Código Procesal Constitucional vigente desde el 01 de diciembre del 2004, cuya novedad más importante fue establecer la residualidad de los procesos constitucionales.

“Artículo 5.- Causales de improcedencia. No proceden los procesos constitucionales cuándo: 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.

Se estableció por el TC que para los denominados “despidos inconstitucionales” podía reclamarse el derecho de reposición en la vía del amparo constitucional, básicamente por el efecto restitutorio de ésta vía constitucional que no tenía la vía ordinaria laboral. En el Expediente N° 542-2005-PA/TC Lima, del 06 de enero del 2006, el Tribunal Constitucional precisó que:

“...el proceso de amparo sigue siendo la vía idónea cuando se trate de despidos arbitrarios sin invocación de causa, toda vez que la vía laboral ordinaria no posibilita la reposición; de modo que ésta última no puede ser considerada como una vía igualmente satisfactoria”.

III.4.c) Ley N° 29497 (del 15 de enero del 2010). Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), vigente en la ciudad de Arequipa desde el 01 de octubre del 2010 que prevé en el artículo 2, inciso 2, que en el proceso abreviado laboral se puede tramitar la pretensión de reposición cuando ésta se plantee como pretensión principal única.



IV. LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

IV.1. Consideraciones generales

La Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), fue publicada el 15 de enero del 2010, disponiéndose en la Novena Disposición Complementaria que su aplicación se haría de forma progresiva en la oportunidad y en los distritos judiciales que disponga el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Por Resolución Administrativa N° 136-2010-CE-PJ, de fecha 13 de abril del 2010, se constituyó en el Poder Judicial el “Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Ley Procesal del Trabajo”. Mediante Resolución Administrativa N° 232-2010-CE-PJ de fecha 01 de junio del 2010 se aprobó el cronograma de implementación de la nueva ley para el año 2010, en los siguientes distritos judiciales: Tacna, Cañete, La Libertad, Arequipa y Lambayeque. En el Distrito Judicial de Arequipa, se ha implementado a partir del 01 de octubre del 2010.

La dación de la NLPT comprende en su regulación básicamente tres aspectos: primero, el avance de la modernidad y por consiguiente la utilización de tecnología en los procesos judiciales, tal como ya se viene dando también en el derecho comparado⁴⁶; segundo, el establecimiento de procesos orales, característica esencial que coadyuva a la aplicación de principios laborales tales como la concentración, intermediación, celeridad y economía procesal; y tercero, el establecimiento de una justicia laboral omnicomprendiva⁴⁷, entiéndase por tal que dicha justicia especializada comprenda el conocimiento de todo tipo de conflicto derivado de una prestación de servicios personal a favor de terceros, con presunción de que se trata de una relación laboral. El cambio trascendental viene dado por la nueva forma en que se ve el proceso judicial, que ahora es un proceso oral, con un juez verdadero director del proceso, proactivo, y con abogados preparados para el litigio oral, lo que indudablemente implica una reingeniería en la manera de litigar.

IV.2. El proceso abreviado laboral en la NLPT

El diseño que nos trae el nuevo modelo procesal laboral contempla dos procesos laborales principales: a) el proceso ordinario laboral, y b) el proceso abreviado

⁴⁶ El diseño del modelo procesal laboral chileno se desarrolla en base a un expediente virtual, donde los escritos son presentados por correo electrónico y las pruebas son normalmente escaneadas.

⁴⁷ La justicia laboral omnicomprendiva comprende todo conflicto nacido de una prestación de servicios personal no civil; conflictos individuales y colectivos; aspectos sustanciales o conexos; previos, durante o posteriores a la prestación de servicios (artículo 2 de la NLPT).

laboral⁴⁸. El trámite de este último proceso es el siguiente: verificados los requisitos de la demanda, el juez emite resolución disponiendo la admisión de la demanda y el emplazamiento al demandado por diez (10) días hábiles, sin perjuicio de la citación a las partes a una Audiencia Única, la que debe ser fijada entre los veinte (20) y treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda. La Audiencia Única comprende dos momentos estelares del proceso, a saber: la etapa de la Conciliación y la etapa de Juzgamiento. En la primera parte, la conciliación, lo que pretende el legislador es repotenciar la conciliación judicial como etapa necesaria del proceso laboral, muy venida a menos en el proceso civil. Incluso en algunos distritos judiciales como el de Arequipa, ya no se encuentra vigente la conciliación. Se observa entonces que en la NLPT la conciliación cobra nueva vitalidad, donde se incentiva a que las partes puedan llegar a un arreglo antes de propiamente litigar. Debe notarse incluso que el legislador, buscando no perturbar el diálogo entre las partes, dispone que la parte demandada al acudir a la audiencia única no conozca los términos formales de la contestación de la demanda, es por ello que al demandante no se le notifica del escrito de contestación antes de la audiencia, ello sólo sucede si fracasa la conciliación entre las partes. Por otro lado, el juzgamiento, que es propiamente la etapa litigiosa del proceso, se inicia con una confrontación de posiciones entre las partes (alegatos iniciales que hacen los abogados ante el juez), luego la fijación de los hechos que resultan materia de controversia (descartando los hechos no controvertidos o que no merecen actuación probatoria), la admisión de los medios de prueba y su actuación, para finalmente presentar los alegatos finales (alegatos de cierre), que “obligan” al juez a expedir sentencia en el mismo acto con la lectura del fallo, o dentro del término máximo de cinco días (artículo 47). El registro de la audiencia debe realizarse en audio o video (salvo la parte de la conciliación), con una constancia escrita mínima⁴⁹.

⁴⁸ En la NLPT se regulan los siguientes tipos de procesos: el proceso ordinario laboral, el proceso abreviado laboral, el proceso impugnativo de laudos arbitrales económicos, el proceso cautelar, el proceso de ejecución y los procesos no contenciosos.

⁴⁹ QUISPE CHAVEZ, Gustavo; CAMPOS TORRES, Sara; GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. (2010). *El amparo Laboral y la vía ordinaria. Supuestos de procedencia, etapas del proceso y análisis jurisprudencial*. Primera Edición. Soluciones Laborales, Manual Operativo. Lima, Gaceta Jurídica SA., p. 43., donde los autores indican lo siguiente: “No obstante, bajo los alcances de la NLPT, el proceso abreviado viene a tener similitud al proceso laboral ordinario regulado por la LPT, aunque se reducen significativamente la duración de actos procesales innecesarios, por lo que concentran éstos sobre la base del principio de economía procesal. De esta manera, el proceso laboral abreviado en la NLPT privilegiará resolver el conflicto jurídico laboral en el menor tiempo posible, invocando al principio de celeridad procesal (...) A diferencia de lo que sucede con el proceso ordinario laboral que se encuentra estructurado por dos audiencias, una de conciliación y la otra de juzgamiento, el proceso abreviado laboral se estructura bajo una audiencia única que comprende cinco etapas: conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia. En la NLPT, el proceso abreviado laboral se



IV.3. Los principios procesales en la NLPT

Los principios procesales sirven para distinguir un sistema procesal de otro, caracterizan la esencia de un proceso y determinan el modelo procesal que el legislador finalmente optó. Si se pretende saber qué orientación teleológica o axiológica tiene un determinado modelo procesal, lo ideal es verificar los principios procesales que lo rigen; éstos van a determinar –finalmente– el modelo procesal escogido, sus características y van a servir como fanal en caso de encontrarse un vacío o conflicto en la interpretación de la norma procesal. Al respecto Monroy Gálvez señala refiriéndose a los principios del proceso que: “(...) estos principios sustentan la esencia de lo que es un proceso judicial, al extremo que su presencia en un ordenamiento procesal es correspondiente con la naturaleza jurídica de este”⁵⁰.

En su Título Preliminar la NLPT señala los principios y fundamentos que rigen el nuevo modelo procesal laboral por lo que, al ser las ideas fundamentales e informadoras que rigen el nuevo diseño procesal, conviene determinar brevemente cómo se aplican estos principios en el séquito del proceso.

IV.3.a) Principio de igualdad de las partes procesales. El artículo III del TP prescribe que: “En todo proceso laboral los jueces debe evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real entre las partes”.

La relación laboral por la posición en que se encuentran las partes constituye una relación asimétrica; es por ello que la normatividad que la regula normalmente es imperativa o de cumplimiento obligatorio. El derecho cumple una función tuitiva sobre esta materia, de allí se desprende el carácter de protección que tienen las normas sustantivas laborales, siendo que podemos hablar de un principio protector a favor de los trabajadores que, tal como señala Plá Rodríguez⁵¹, se produce por el “criterio fundamental que orienta al derecho del trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de

ha estructurado de tal manera que en la audiencia única se puedan efectuar todas las diligencias necesarias para la resolución de la controversia, ello independientemente de que la referida audiencia pueda ser reprogramada o efectuada en más de una sesión”.

⁵⁰ MONROY GALVEZ, Juan F. (2004). *La formación del proceso civil peruano*. Segunda Edición aumentada. Lima, Palestra Editores, pág. 81.

⁵¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. (1998). Op. Cit., p. 61.

las partes: el trabajador”. Entonces, no resulta ajeno o arbitrario que dicha protección también se produzca en el campo procesal, donde la desigualdad entre las partes subsiste, y así se justifica que el legislador busque equilibrar esta desigualdad, máxime si lo que se pretende ahora es materializar el derecho sustantivo. En el proceso laboral, buscar la igualdad entre partes desiguales, implica dar un trato desigual a las mismas. La igualdad de las partes debe ser real y no sólo formal.

Por ejemplo, cuando en la NLPT se establece en materia probatoria que “Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario” (artículo 23), se evidencia un trato desigual entre las partes, y ello es así porque en el proceso laboral quien se encuentra en mejor posición para desvirtuar que la prestación personal de servicios que se recibe no es de naturaleza laboral sino de otra índole, es precisamente el empleador y no el trabajador, éste último normalmente maneja una exigua documentación probatoria por la posición contractual en que se encuentra (se ha evidenciado en los procesos judiciales laborales que la presentación de prueba documental por parte del trabajador es precaria, consistente por ejemplo en la presentación de copias simples del cuaderno de asistencia de la empresa)⁵².

IV.3.b) Principio de gratuidad del proceso laboral. Derivado del principio anterior, el artículo III del TP de la NLPT ha establecido que en todas las instancias, cuando el monto total de las pretensiones del prestador de servicios (trabajador) no pase de 70 URP, se encuentra exonerado de los gastos del proceso, situación que también responde al requerimiento de equiparar la desigualdad económica existente entre las partes.

IV.3.c) Principio de elasticidad. El artículo III del TP de la NLPT señala que en el proceso laboral: “(se) Privilegia el fondo sobre la forma”. Siendo que el proceso no es un fin en sí mismo, sino un medio o instrumento para la realización de los derechos sustantivos, el juez está facultado a adecuar la exigencia del cumplimiento de formalidades a los fines del proceso, es decir, en buscar la solución del conflicto de intereses y en consecuencia la paz social en justicia. Como ejemplo de la aplicación

⁵² En materia pensionaria el Tribunal Constitucional en la STC N° 1417-2005-AA/TC se ha pronunciado del modo siguiente: “Por otra parte, dado que en asuntos previsionales, es la Administración o, en su caso, la entidad en la que prestó servicios el ex trabajador, las que se encuentran en mayor capacidad de proveer al Juez de los medios probatorios que coadyuven a formar convicción en relación con el asunto controvertido, el hecho de que el recurrente no haya presentado los medios probatorios suficientes que permitan acreditar su pretensión, en principio, no puede considerarse como motivo suficiente para desestimar la demanda” (Fundamento 58).



de este principio, el artículo 24 de la NLPT establece lo siguiente: “El interrogatorio a las partes, testigos, peritos y otros es realizado por el Juez de manera libre, concreta y clara, sin seguir ningún ritualismo o formula preconstituida. Para su actuación no se requiere de la presentación de pliego de preguntas”.

IV.3.d) Principio de favorecimiento del proceso. El artículo III del TP prescribe que en el proceso laboral: “(los jueces) *interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso*”. El principio pro actione impone al juez interpretar los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción. En consecuencia, si existe duda sobre el requerimiento de un requisito de admisibilidad o la verificación de un requisito de procedibilidad, se debe preferir dar trámite a la demanda interpuesta o al derecho de defensa ejercido. Por ejemplo, si en una demanda el requisito del petitorio no es preciso por razón de la precariedad en la defensa del abogado, en tal supuesto la demanda laboral no debe ser rechazada de plano sino que en la perspectiva de este principio, se debe requerir la subsanación que corresponda y, si aún se tiene alguna duda, por el sentido proteccionista del principio, el juez debe interpretar y aplicar el sentido correcto de lo que se pide al momento de admitir la demanda, ello por la función tuitiva del proceso laboral. Este principio tiene que ver con el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, respecto al cual el Tribunal Constitucional en la STC N° 004-2006-AI ha señalado que:

“El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139. inciso 3), de la Constitución, implica que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos o intereses legítimos, ella deba ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas”..

Por lo que al tratarse de un derecho fundamental, éste no debe estar sujeto a más restricciones que las estrictamente estipuladas en la ley procesal. Por lo demás resulta atinado referir el comentario señalado por el profesor Priori⁵³ en relación a la aplicación de este principio:

“Por lo demás, el principio de favorecimiento del proceso debe ser entendido también en el sentido que, siempre que exista un defecto de cualquier acto procesal que por su naturaleza sea subsanable, el Juez debe conceder un plazo y la oportunidad para hacerlo. Debe, por ello, ser restrictiva la facultad del Juez de rechazar de plano la demanda, o en general, cualquier acto procesal”.

⁵³ PRIORI POSADA, Giovanni F. (2001). *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Segunda Edición. Lima, Ara Editores, p. 134.

IV.3.e) Principio de observación del debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y razonabilidad. El artículo III del TP de la NLPT señala que en el proceso laboral: “(se) *observa el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad*”. La observancia del debido proceso -siguiendo a Comoglio- debe comprender mínimamente el respeto a: i) La garantía de ser oído, para que los sujetos procesales tengan las condiciones suficientes para intervenir en cada etapa del proceso; ii) la garantía de la defensa, tener la efectiva posibilidad de hacer valer sus propias pretensiones; y iii) la garantía de la efectiva contradicción de los medios de prueba⁵⁴. En la NLPT, por ejemplo, se ha previsto la regulación de la “rebeldía automática” en caso de inasistencia de la parte demandada a la audiencia de conciliación en el proceso ordinario. Tal situación en el modelo procesal civil no podría darse porque se ha interpretado que si no asiste el demandado a la audiencia debe notificársele con el acta respectiva para que haga valer su derecho de impugnación con relación a los actos procesales expedidos en ésta. Con la NLPT el razonamiento es diferente: se debe entender que el derecho de defensa para esta parte inasistente se encuentra garantizado con la citación al acto procesal, siendo que si inasiste a la audiencia de conciliación no es necesario notificarle con los actos procesales expedidos en ésta, salvo las resoluciones o mandatos contenidos en el segundo párrafo del artículo 465 del Código Procesal Civil, que resulta de aplicación supletoria como es, por ejemplo, la citación a la audiencia de juzgamiento. Tal aseveración se desprende del artículo 43.1 de la NLPT cuando señala que: “*si el demandado no asiste incurre automáticamente en rebeldía, sin necesidad de declaración expresa, aún cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible*”, lo que no afecta -considero- el derecho de defensa. Ello mismo se puede verificar cuando la ley señala que el plazo para apelar la sentencia es de cinco días hábiles que empiezan a correr desde el día hábil siguiente de la audiencia o de citadas las partes para su notificación (artículo 32). En este caso tampoco se violenta el derecho de defensa si se garantiza que el demandado fue debidamente citado para este acto procesal, y si no acude al llamado del Órgano Jurisdiccional, igual empieza a correr el plazo para interponer la apelación.

En cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva y el principio de razonabilidad, su aplicación la explicaremos con el siguiente ejemplo: si un trabajador es despedido arbitrariamente y luego vence en un proceso de amparo y es repuesto a su centro de labores, normalmente se halla legitimado para reclamar aquellos ingresos que dejó de percibir como consecuencia del acto arbitrario del despido. Se ha discutido en doctrina y en jurisprudencia sobre la pretensión correcta que ha de interponer el trabajador, es decir,

⁵⁴ COMOGLIO, Luigi. (1970). *La garanzia costituzionale dell'azione dd il proceso civile*. Padova, CEDAM, p. 118.



si debe hacer valer su reclamo como un cobro de remuneraciones insolutas o como una indemnización de daños por lucro cesante⁵⁵.

Se ha verificado, que existe controversia académica y jurisprudencial sobre este tema, pero siendo que existen casos en los cuales se vienen tramitando expedientes laborales con más de cuatro o cinco años de antigüedad, resultaría atentatorio al derecho de una tutela jurisdiccional efectiva que se expida una sentencia inhibitoria alegándose esta razón doctrinaria o jurisprudencial, en la que incluso no existe criterio uniforme. Hizo bien el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral, llevado a cabo el 27 y 28 de junio del 2008, al acordar que las remuneraciones dejadas de percibir con ocasión del despido de un trabajador repuesto mediante un proceso de amparo, pueden ser reclamadas vía pago de beneficios sociales o en un proceso de daños y perjuicios. Este criterio cumple el requisito de razonabilidad y respeta el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas que se desprende del artículo 139, inciso 3), de la Constitución de 1993 y del artículo 8, inciso 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme también ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC 0549-2004-HC/TC.

IV.3.f) Principio de oralidad y dirección del proceso. El artículo III del TP establece que el proceso laboral se inspira: "(en) El principio de oralidad". La oralidad de las audiencias en realidad ya se encontraba regulada en el ordenamiento procesal laboral derogado (Ley N° 26636), ello también venía dado por la aplicación supletoria del Código Procesal Civil. Sin embargo, en la praxis, dicha "oralidad" se convirtió en un mero ritualismo, donde el juez escuchaba a las partes para "dictar" y los abogados -en la mayoría de casos- no

⁵⁵ En cuanto al pago de las remuneraciones dejadas de percibir (y demás beneficios sociales reclamados), el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia adoptó la posición de que siendo que la remuneración es la contraprestación por el trabajo efectivamente realizado, desestimaba tal petición en los procesos de amparo. Tal criterio se observa en los Expedientes N° 0795-98-AA/TC, N° 963-2002-AA/TC y N° 1089-2001-AA/TC. Posteriormente precisó en cuanto al pago de remuneraciones dejadas de percibir, que tal pretensión tenía una naturaleza indemnizatoria y no restitutiva, por lo que la vía del amparo no era la idónea, dejando a salvo el derecho del actor de acudir a la vía correspondiente, tal como se observa de los Expedientes N° 04418-2006-PA/TC, N° 08939-2006-PA/TC y N° 0834-2004-AA/TC. Por su parte, la Corte Suprema de la República, en la Casación N° 2146-2005 LIMA, dispone pagos por concepto de remuneraciones devengadas y otros derivados de la reposición ordenada en un proceso de amparo. Esta misma posición mayoritaria se encuentra plasmada en la Casación N° 375-2006-LIMA. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que también existen otras Casaciones que recogen el criterio que la remuneración es el resultado de una contraprestación entre el servicio que se presta y el pago de este servicio, existiendo excepciones determinadas por la ley, desestimando la pretensión del demandante del cobro de remuneraciones por labores o trabajos no realizados, así encontramos tal criterio en la Casación N° 071-2001-LIMA y la Resolución del Expediente N° 858-2002-LAMBAYEQUE, expedida ésta última por la Transitoria Constitucional y Social de fecha 20 de octubre del 2003. En esta línea encontramos la Casación N° 1793-2000-LIMA.

se encontraban preparados para "alegar" sino para cumplir con la formalidad de asistir a dicha diligencia y remitir sus "conclusiones por escrito". Dicha manera de litigar deviene del pensamiento del juez y de los abogados de buscar seguridad documental antes que resolver el conflicto, propio de una formación civilista donde el documento escrito cumple una función esencialmente probatoria y luego trasladada indebidamente al campo procesal. La seguridad jurídica documental tiene justificación funcional en el campo de los derechos sustantivos, especialmente en el del derecho civil; ello explica que se tenga un código civil formalista pero de modo alguno se justifica en el campo procesal cuyo objeto es meramente procesal. En el derecho procesal, hoy más que nunca debido a la excesiva carga procesal, debe prevalecer la litigación oral por los beneficios que este sistema trae. Aprender escuchando y resolver en el momento, son dos aspectos que en la práctica procesal fueron dejándose paulatinamente, al extremo que, hoy en día, la audiencia de contradicción de pruebas solo es una formalidad escrituraria.

La NLPT ha previsto que:

"En los procesos laborales por audiencias, las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia. Las audiencias son sustancialmente un debate oral de posiciones presididas por el juez, quién puede interrogar a las partes, sus abogados y terceros participantes en cualquier momento" (artículo 12).

El nuevo modelo establece una preeminencia de la comunicación oral antes que la escrituraria y, por ende, se incentiva una nueva forma de litigar (preparación del caso, alegatos de apertura, confrontación de posiciones, fijación de hechos controvertidos, oralización de la prueba, actuación de pruebas, alegatos de cierre, fallo oral). Sin embargo, debe repararse que ello no significa que no exista un registro de los hechos que sucedan; basta ver que la demanda y la contestación de la demanda se presentan por escrito, que la audiencia de juzgamiento se va a registrar en audio y/o video, dejándose además constancia en acta con un contenido mínimo; empero la diferencia que trae la aplicación de este principio es que el juez ya no puede evadir su responsabilidad de resolver el conflicto de modo inmediato; es por ello que las alegaciones orales prevalecen sobre las alegaciones escritas, pues de lo que se pruebe en la audiencia y se alegue en la misma, el juez tiene que resolver, de tal forma que no debería iniciarse una nueva audiencia si es que no se ha concluido totalmente la que se venía haciendo.

IV.3.g) Principios de inmediación, concentración, celeridad, economía procesal. El artículo III del TP señala que el proceso laboral se inspira: "(en) El principio de inmediación,

concentración, celeridad, economía procesal". Por la inmediación, se entiende el contacto que debe tener el juez con las partes y con el material probatorio, por lo que es necesaria su presencia en el desarrollo del proceso; la concentración es la realización de la mayor cantidad de actos procesales en una sola diligencia, por lo que se deben evitar interrupciones en su actuación; la celeridad, entendida como agilidad y rapidez en el trámite del proceso, abreviando lo más posible la actuación de los medios probatorios para así evitar la morosidad judicial; finalmente, la economía procesal, entendida como ahorro de esfuerzo, tiempo y dinero.

En el nuevo modelo procesal laboral se va a verificar la aplicación de estos principios cuando el juez que actúe las pruebas sea también el que resuelva el proceso (inmediación); cuando en la audiencia de juzgamiento se lleven a cabo todos los medios probatorios que sean de actuación inmediata (concentración); que cuando haya necesidad de notificar actos procesales, ésta se realice por correo electrónico (celeridad); y que cuando se señale una audiencia, ésta sea dentro del plazo legal, evitando además conductas maliciosas que hagan que la audiencia realizada se deje sin efecto para volverla a realizar (economía procesal).



IV.3.h) Principio de veracidad. Finalmente, el artículo III del TP señala que el proceso laboral se inspira: "(en) *El principio de veracidad*", que tiene que ver con un tema de moralidad en el proceso laboral, actuar con verdad, facultando al juzgador a sancionar conductas maliciosas o temerarias. En la NLPT, por ejemplo, para la interposición de cuestiones probatorias, se señala que el juez dispone la admisión de las cuestiones probatorias únicamente si las pruebas que las sustentan puedan ser actuadas en esta etapa (artículo 46.2), con lo que se pretende rescatar que no se permitirán pedidos maliciosos o dilatorios.

V. DE LA PRETENSIÓN RESTITUTORIA EN LA VIA ORDINARIA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN FRENTE A UN DESPIDO ARBITRARIO

V.1. Un "antes"

La puesta en vigencia de la NLPT resulta ser un punto de quiebre para determinar un "antes" y un "después" en la evolución histórica del derecho de reposición del trabajador como mecanismo de protección frente a un despido arbitrario o inconstitucional.

Antes de la expedición de la Ley N° 29497 (NLPT), el derecho de reposición de los trabajadores por despidos inconstitucionales venía siendo tramitado vía procesos de

amparo laboral pero, como ya vimos anteriormente, debido especialmente a que los procesos constitucionales tienen la característica de "carecer de una etapa probatoria", se fueron presentando problemas de tutela jurisdiccional para los trabajadores que acudían por esta vía excepcional. Así se puede verificar del criterio desarrollado por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 04890-2006-PA/TC, N° 00755-2007-PA/TC, y N° 08431-2006-PA/TC que, por tratarse de "asuntos controvertidos", se ordenó que se "reconduzcan" a la vía laboral ordinaria⁵⁶.

Que, asimismo "reconducidos" estos procesos a la vía ordinaria laboral, la justicia laboral le indicaba al trabajador que "adecúe" su pretensión de reposición a una de indemnización conforme lo previsto en el artículo 34 del Decreto Legislativo 728 (pese a que ya el TC había valorado como inconstitucional el segundo párrafo por solo prever una pretensión resarcitoria y no una restitutoria). Es decir, que el trabajador tenía que verse "forzado" a peticionar una pretensión indemnizatoria, lo que no resultaba "irregular" según el propio TC, sino véase la STC N° 01467-2010-PA/TC.

Otras veces con la finalidad de buscar la "reposición", el trabajador se veía obligado a "adecuar" su pretensión como un supuesto de "nulidad de despido" (artículo 29 del Decreto Legislativo N° 728). Si bien se admitían dichas demandas, finalmente en sentencia se declaraban improcedentes dichas pretensiones, quedando nuevamente desprotegido el trabajador. En la CASACIÓN N° 3034-2009 HUAURA, instancias de mérito de la Corte Suprema -ante un caso de despido incausado que fue demandado por el trabajador como un supuesto de "nulidad de despido", ello en el afán de buscar la reposición en el centro de trabajo- declararon fundada la demanda; sin embargo el Órgano Supremo señaló lo siguiente:

⁵⁶ La posición de que la justicia ordinaria laboral, ello antes de la vigencia de la Ley N° 29497, pueda conocer procesos judiciales con derecho de reposición de trabajadores despedidos de modo inconstitucional, fue fuertemente resistida, pese a que ya el Tribunal Constitucional en el caso Telefónica y en el caso Llanos Huasco, se había pronunciando sobre la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 34 del Decreto Legislativo N° 728; sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema en un sector mayoritario determinó que la vía idónea para el trámite de esta clase de despidos con pretensión restitutoria debía ser la vía del amparo, como también así deslizó esa posibilidad el propio Tribunal Constitucional. En el Expediente N° 542-2005-PA/TC LIMA, del 06 de enero del 2006, el Tribunal Constitucional precisó que "el proceso de amparo sigue siendo la vía idónea cuando se trate de despidos arbitrarios sin invocación de causa, toda vez que la vía laboral ordinaria no posibilita la reposición; de modo que ésta última no puede ser considerada como una vía igualmente satisfactoria".



“Que, lo precedentemente señalado, permite concluir que las instancias de mérito al estimar la demanda de Nulidad de Despido, por presentar la figura de la desnaturalización de los contratos, han incurrido en una indebida interpretación del artículo 77 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, en tanto dicho supuesto no constituye causal de nulidad de despido, sin que ello importe una transgresión al precepto constitucional contenido en el artículo 27 de la Constitución Política del Estado, en tanto, como bien se ha señalado en los considerandos precedentes, la adecuada protección frente al despido arbitrario está en función a la opción del trabajador de obtener una tutela restitutoria o resarcitoria, la que se verá expresada por el tipo de vía procesal optada, esto es, la ordinaria laboral o la del proceso de amparo constitucional; consecuentemente, esta Suprema Sala determina que al no encontrarse la demanda motivada en alguna de las causales contenidas en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, nos encontramos frente a una demanda improcedente”.

Otras veces, cuando en el proceso de amparo el Tribunal Constitucional no ordenaba la “reconducción” del proceso, la justicia ordinaria laboral aplicaba el plazo de caducidad de treinta días previsto en el artículo 36 del Decreto Legislativo N° 728, negándosele nuevamente el derecho a una tutela jurisdiccional al trabajador.

V.2. Un “después”

Con la dación de la NLPT, tal como hemos señalado anteriormente, se regula como novedad de la ley la tramitación en la vía del proceso abreviado de la pretensión restitutoria (reposición) al centro de trabajo; así el artículo 2, inciso 2) prevé que en el proceso abreviado laboral se puede tramitar la pretensión de reposición cuando ésta se plantee como pretensión principal única.

Se viene señalando, en una línea interpretativa, que dicha pretensión comprende no sólo la pretensión restitutoria en los casos de nulidad de despido sino también para el caso de los despidos inconstitucionales según los criterios del TC, así tenemos a Vinatea Recoba quién señala comentando la NLPT lo siguiente: “Recordemos que la reposición sólo procede en los supuestos de nulidad de despido, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, y en aquellos casos que se apliquen los criterios del Tribunal Constitucional para invocar una pretensión de reposición”⁵⁷.

⁵⁷ VINATEA RECOBA, Luis y TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.(2010). *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Primera Edición. Lima, Gaceta Jurídica, p. 71.

Por su parte, Sanguinetti Raymond señala de modo pertinente que:

“Los supuestos de despido fraudulento en los que no pueda evidenciarse de forma indubitable la simulación o engaño a través de las pruebas de carácter documental susceptibles de ser acompañadas a la demanda de amparo no quedan, de este modo, extramuros de la tutela constitucional, que ahora será dispensada por el juez laboral competente, sino exclusivamente del ámbito de la acción de amparo”⁵⁸.

Se puede considerar entonces que ahora sí existe por razón del resultado, una vía igualmente satisfactoria a la vía del proceso de amparo.

El Tribunal Constitucional estableció en el caso Baylón, que:

“... en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados” (Fundamento 7).

Ahora bien, cuando se estableció este precedente vinculante por el Alto Tribunal, aún no se había expedido la Ley N° 29497, NLPT, que data del 15 de enero del 2010. Consideramos, entonces, que los problemas de desprotección del trabajador se entiende que debieran haber sido superados con la dación de la NLPT, ello en vista que en dicho cuerpo normativo procesal sí se halla incluida en forma expresa la pretensión de reposición, lo que en una interpretación correcta comprende entonces no sólo la pretensión restitutoria derivada de un despido nulo sino también de los denominados despidos inconstitucionales⁵⁹.

⁵⁸ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. (2007). Op. Cit., p. 101.

⁵⁹ DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. (2011). *Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional en materia laboral. Soluciones Laborales*. Primera Edición. Lima, p. 17, señala: “No obstante, si acaso habría que tomar una postura consideramos que los criterios esbozados en el caso Baylón deberían ser aplicados también a los nuevos supuestos recurribles ante la justicia laboral ordinaria que han sido recogidos en la NLPT, en tanto la intención de dicho precedente apunta a restringir la procedibilidad del amparo en función a la residualidad que le han querido imprimir los redactores del CPC a este proceso”.

VI. LA NLPT ¿EXCLUYE LA POSIBILIDAD DEL AMPARO LABORAL POR EXISTIR UNA VÍA IGUALMENTE SATISFACTORIA?

La NLPT contempla la posibilidad de que se pueda demandar como pretensión la reposición cuanto ésta se plantea como pretensión principal única y sea tramitada en el proceso abreviado laboral (artículo 2, inciso 2), Ley N° 29497). Por otro lado, el Código Procesal Constitucional establece la improcedencia de los procesos constitucionales cuando, entre otros supuestos, existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate de procesos de *habeas corpus* (artículo 5, inciso 2), Ley N° 28237). El Tribunal Constitucional en la STC N° 0206-2005-PA/TC ha señalado en relación a la vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral privado, lo siguiente:

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

Entonces cabe preguntarnos si para el caso específico de la pretensión restitutoria que pudiera formular el trabajador afectado por un despido inconstitucional, la vía laboral ordinaria constituye una vía específica igualmente satisfactoria, lo que traería como consecuencia que dicha pretensión tendría que ser declarada improcedente en la justicia constitucional, por tener ésta un carácter residual.

VI.1. El carácter residual del amparo peruano

Que el amparo peruano tenga actualmente un carácter residual o extraordinario es un tema que aún genera debate en la doctrina del derecho constitucional procesal⁶⁰. Sin embargo, para los despidos inconstitucionales, el Tribunal Constitucional ha señalado en el caso Baylón, lo siguiente:

⁶⁰ CAMPOS, Joseph. (2005). *La Residualidad del Proceso Constitucional en el Nuevo Código Procesal Constitucional. El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo II. Lima, Editora Jurídica Grijley, p. 1229.

“En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a la elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados” (Fundamento 5).

Por tanto, teniendo en cuenta el resultado o efecto de la justicia constitucional (reponer las cosas al estado anterior), y al no existir un proceso laboral en la vía ordinaria con tal efecto o consecuencia, el Tribunal Constitucional consideró que la vía del amparo constituía la vía idónea para reparar el derecho constitucional lesionado⁶¹.

Algunos autores señalan que la vía del proceso laboral ordinario no resulta ser una vía específica igualmente satisfactoria en relación a la vía del amparo para cautelar los derechos lesionados de los trabajadores. Así tenemos a Paredes Palacios⁶² quien considera que para efectos de comparación entre el amparo y el proceso ordinario se utilizan algunas particularidades de su regulación legislativa como pautas adicionales de comparación, tales como las siguientes: medidas cautelares de ejecución inmediata e irrevocables hasta la conclusión del proceso, actuación inmediata de la sentencia, acceso a una tercera instancia si en segunda instancia se ha denegado la demanda que pretende la protección del derecho constitucional, trámite preferente, represión de actos homogéneos. El autor se pregunta si en el ordenamiento procesal peruano existe algún proceso ordinario que contenga siquiera alguna de las cinco particularidades anotadas, llegando a la conclusión que no hay proceso ordinario que tenga alguna de estas particularidades, las cuales son *ad hoc* para los procesos constitucionales. Este autor señala a manera de conclusión que la

“mera referencia a la existencia de una vía procedimental específica igualmente satisfactoria no es un criterio definitorio para declarar la procedencia o improcedencia del amparo. Gracias a este nivel de indeterminación de la regla,

⁶¹ STC N° 5242-2005-PA/TC Lima: *“En efecto, conforme a nuestro precedente vinculante recaído en el Expediente N° 206-2005-PA/TC, fundamento 7, el proceso de amparo sigue siendo la vía idónea cuando se trate de despidos arbitrarios sin invocación de causa, toda vez que la vía laboral ordinaria no posibilita la reposición; de modo que ésta última no puede ser considerada como una vía igualmente satisfactoria”*.

⁶² PAREDES PALACIOS, Paúl. *La Nueva Ley Procesal del Trabajo y la Acción de Amparo en Materia Laboral*. Material extraído del curso de Capacitación de Magistrados en la Aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo llevado a cabo el 05 de febrero del 2011.



la mera existencia de los nuevos procesos laborales contenidos en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, incluido el proceso abreviado para la tutela de la reposición y la libertad sindical, no son razones suficientes para determinar la improcedencia del amparo pues la estructura procedimental como vía ordinaria sigue siendo la misma, en la Ley Procesal del Trabajo y en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”.

Sin embargo, otros autores como Huamán Estrada⁶³ -luego de señalar las características del proceso abreviado laboral en la Nueva Ley Procesal del trabajo y precisar que el término reposición, contenido en el artículo 2, inciso 2), de la NLPT, debiera comprender la reposición que dispensa la norma laboral sustantiva en los casos de despido nulo, como también los supuestos de reposición creados por el TC a través de su jurisprudencia- advierte que “tanto el amparo como el proceso ordinario laboral permitirían que el trabajador obtenga la reposición frente a todo despido lesivo de sus derechos fundamentales. Materialmente, entonces, ambos procesos servirían para conseguir el mismo resultado”, concluyendo este autor que el proceso abreviado laboral iniciado con la finalidad de obtener la reposición es una vía igual de satisfactoria que el proceso de amparo, ya que señala -entre otras características- que permite que se interpongan medidas cautelares fuera de proceso o dentro de éste, destinadas a garantizar la eficacia de la pretensión principal, sin conocimiento de la contraparte; regula medidas cautelares especiales para asegurar la pretensión de la reposición (la medida especial de reposición provisional y la asignación provisional); permite conseguir la misma finalidad que el proceso de amparo, que es reponer las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho al trabajo; por lo tanto, la sentencia debe ser ejecutada en el menor tiempo posible, existiendo mecanismos de coerción.

VI.2. La idoneidad de la vía ordinaria laboral

De nuestra parte consideramos que el proceso laboral ordinario sí resulta ser una vía igualmente satisfactoria del proceso constitucional, encontrándose dicha interpretación en la línea del Tribunal Constitucional que concibe al proceso de amparo como un proceso excepcional por subsidiaridad⁶⁴. El Tribunal Constitucional, para el caso de los

⁶³ HUAMÁN ESTRADA, Elmer. (2011). “El proceso abreviado laboral regulado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo ¿se configura como una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo?”. En: Gaceta Constitucional. Tomo 39, Marzo del 2011. Lima, Gaceta Jurídica, p. 200.

⁶⁴ DE LAMA LAURA, Mario Gonzalo. (2011). “El despido fraudulento y su apreciación en el proceso de amparo y la vía abreviada laboral”. En: Revista Jurídica del Perú. N° 120. Febrero, 2011. Lima, Gaceta Jurídica, p. 39. “Percatémonos entonces de dos cuestiones sumamente importantes: tenemos dos elementos significativos que nos permitirían, a primera vista, apreciar que el nuevo proceso laboral -abreviado por cierto- se ha convertido en una ruta procesal igualmente satisfactoria en relación con el amparo cuando

denominados despidos inconstitucionales (despidos incausados, fraudulentos y nulos), indicó expresamente que en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado.

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

Sin embargo, tal como ya hemos señalado, el defecto de dicha idoneidad por el resultado o efecto ya ha sido superado con la NLPT, porque ahora en la vía ordinaria laboral sí se admite la posibilidad de tramitar procesos con pretensión restitutoria teniendo como fundamento sustantivo los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias⁶⁵. En consecuencia y por su resultado, la vía ordinaria laboral sí resulta ser una vía igualmente satisfactoria. Ahora, para establecer una vía igualmente satisfactoria deberían también tenerse en cuenta otros criterios como el de celeridad y eficacia.

se trata de remediar un despido inconstitucional, toda vez que tenemos un proceso célere cuando se trata de una pretensión restitutoria al puesto de labores. Es decir, la vía laboral conjuga ahora dos características presentes en el amparo: similar agilidad procesal e igual reparación jurídica. Es más, aunque este apunte tiene que ver con la idoneidad de la senda procedimental, se verifica también una vía que aporta una etapa probatoria que permitiría una adecuada acreditación de la inconstitucionalidad del cese, la cual es cubierta, en casi la totalidad de los casos, con ‘destreza’ por el empleador”.

⁶⁵ Otros autores opinan lo contrario. AVALOS JARA, Oxal Víctor. (2011). “Comentarios sobre la ‘nueva’ potestad de los jueces laborales para reponer a un trabajador ante un despido fraudulento”. En: Revista Jurídica del Perú. N° 120. Febrero 2011. Lima, Gaceta Jurídica, p. 25, indica: “Como se advierte, al proceso ordinario laboral le corresponde la protección reparadora indemnizatoria, salvo la excepción del despido nulo, incluyéndose en él los supuestos contemplados en las Leyes N° 26626 y 27050, mientras que al proceso constitucional le corresponde la protección reparadora restitutoria (...) Es por ello que, en principio, los jueces laborales debe someterse a ellas y aplicarlas como actualmente viene sucediendo con los procesos que se llevan a cabo a la luz de las Leyes N° 26636 y 29497”.

Del análisis del proceso abreviado laboral contenido en la NLPT, descrito líneas arriba, convengo que se trata de un proceso célere dado que básicamente es oral, y eficaz, porque prevé una medida cautelar especial de reposición provisional que se puede tramitar dentro o fuera del proceso; en estos términos, considero que el proceso ordinario laboral sí constituye una vía igualmente satisfactoria. Así tenemos que la Ley N° 29497 precisa:

“Artículo I.- Principios del proceso laboral: El proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediatez, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad”.

“Artículo 55.- Medida especial de reposición provisional: El juez puede dictar, entre otras medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, una medida de reposición provisional, cumplidos los requisitos ordinarios. (...)”

Si la sentencia firme declara fundada la demanda, se conservan los efectos de la medida de reposición, considerándose ejecutada la sentencia”.



78

VI.3. El Poder Judicial el primer nivel de protección

El juez del proceso ordinario laboral -conforme al artículo 51 de la Carta Política del 93- tiene la obligación de hacer prevalecer la Constitución sobre toda norma legal; asimismo, conforme al artículo 138, en todo proceso tiene la obligación de preferir la Constitución cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal. Se debe admitir entonces que no es sólo privilegio de la justicia constitucional el analizar y aplicar una interpretación constitucional para un caso concreto; de hecho, la primera llamada para hacer este análisis es la justicia ordinaria que corresponde al Poder Judicial. El Tribunal Constitucional, ha señalado que:

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

la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aún, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138”.
(Fundamento 5 de la STC N° 0206-2005-PA/TC)

Entiéndase entonces que la resolución de los casos judiciales lleva implícita la interpretación de normas constitucionales, quedando para la justicia constitucional de modo excepcional (extraordinaria) aquellos supuestos en que la vía ordinaria no sea idónea o eficaz para la cautela de los derechos; esto es, aquellos casos cuyo contenido esencial (núcleo duro del derecho constitucional) ha quedado reservado para la justicia constitucional por la necesidad de protección urgente o especial que merece el caso concreto. En esta línea, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha precisado precedentes vinculantes en materia pensionaria y luego en materia laboral. Así, sobre el derecho a la pensión en la sentencia recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA/CT LIMA⁶⁶, conocido como caso Anicama, el Tribunal Constitucional determinó el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión y, por ende, delimitó los lineamientos jurídicos que permitirían ubicar las pretensiones que por pertenecer al contenido esencial de dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecían protección a través del amparo. De igual forma, para el caso de la justicia laboral constitucional, en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC⁶⁷, caso Baylón, el Tribunal Constitucional precisó las pretensiones de los trabajadores del régimen laboral de la actividad pública y de la actividad privada, cuyas pretensiones podían ventilarse en la vía del amparo.

VI.4. La vía ordinaria laboral ¿excluye la posibilidad del amparo?

Sin embargo, debemos precisar de nuestra parte que la improcedencia del amparo por aplicación de la regla contenida en el artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional

⁶⁶ Expediente N° 1417-2005AA/TC LIMA de fecha 08 de junio del 2005, seguido por don Manuel Anicama Hernández en contra de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) sobre acción de amparo con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución N° 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 02 de agosto del 2002, por considerar que vulnera su derecho fundamental a la pensión, toda vez que resolvió denegar su solicitud de pensión de jubilación adelantada.

⁶⁷ Expediente N° 0206-2005-PA/TC HUAURA de fecha 28 de noviembre del 2005, seguido por don César Antonio Baylón Flores en contra de la EPS. EMAPA HUACHO SA. y don Víctor Manuel Hacen Bernaola, en su calidad de Gerente General de la citada empresa, sobre acción de amparo solicitando que se declaren inaplicables la carta notarial de imputación de cargos de fecha 03 de marzo del 2004 y la carta notarial de despido de fecha 17 de marzo del 2004 y que, por consiguiente, se lo reponga en el puesto de asistente de control patrimonial, con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir.



79

no puede ser aplicada obviamente de manera “automática”; es decir, liminarmente⁶⁸; ya que hay que tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional en el caso Baylón, de que el análisis que se efectúe debe ser caso por caso a fin de determinar si para un caso concreto de pronto la vía ordinaria no es la idónea, satisfactoria o eficaz para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente o en situaciones especiales, todas ellas debidamente sustentadas por el actor y que deberían ser merituadas por el juez de la causa, podrían llegar a determinar que la pretensión restitutoria se trámite por la vía del amparo. Considero que la NLPT no es impedimento para que en el proceso de amparo también se puedan tramitar los pedidos de reposición laboral pero, tal como ha señalado el TC, deberá verificarse caso por caso su idoneidad.

Por otra parte, si bien el Tribunal Constitucional en el caso Telefónica, ha señalado que el contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido sino por causa justa, sin embargo aún no ha delimitado los lineamientos jurídicos que permitirían ubicar las pretensiones que podrían atenderse excepcionalmente en la vía de la justicia constitucional, por pertenecer al núcleo duro o contenido esencial del derecho fundamental al trabajo, como lo ha hecho por ejemplo para el tema pensionario en el conocido caso de Anicama. Entretanto, y a fin de no limitar el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, corresponderá a la jurisprudencia judicial establecer estos criterios de atención inmediata en la vía constitucional. Es decir, teniendo dicha pretensión restitutoria un evidente carácter alimentario, consideró que el A quo debe verificar si pese a existir esta vía igualmente satisfactoria, aún así, la vía del amparo es la vía idónea para el trabajador. Por ejemplo, si existe suficiente material probatorio que permita un pronunciamiento sobre el fondo de la *litis*, es decir, boletas de pago, contratos, memorándums, y otros⁶⁹,

considero que este tipo de casos debe tramitarse en la vía del amparo, por la necesidad de la protección urgente del trabajador; otros supuestos podrían ser el padecimiento de una enfermedad grave o la percepción de una remuneración mínima vital, de todo lo cual tiene la carga de la prueba el trabajador para acreditar dicha idoneidad tal como lo ha señalado el TC.

VII. CONCLUSIONES

1. Se han evidenciado problemas de limitación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de trabajadores que consideran que se ha producido un despido inconstitucional y pretenden ejercer el derecho de reposición al centro de labores, limitaciones que se derivan de los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional al declarar improcedentes las demandas de amparo laboral por tratarse de “asunto controvertido” y por el tema de las “reconducciones”. Asimismo, se ha evidenciado que este tipo de demandas “reconducidas” a la vía ordinaria laboral generan nuevas limitaciones, tales como la aplicación del plazo de “caducidad” y el rechazo de demandas porque en la vía ordinaria laboral no se podría ventilar el derecho de reposición incoado por los trabajadores, deviniendo que frente a despidos inconstitucionales sólo se podría demandar “indemnización” o en su caso interponer demandas de “nulidad de despido”, que finalmente son declaradas improcedentes por no estar regulado en el Decreto Legislativo N° 728 una causal de “nulidad de despido” por despido incausado o fraudulento lesivo de derechos fundamentales.
2. El derecho de reposición constituye un derecho de naturaleza sustantiva no prevista en la ley, pero desarrollado por el Alto Tribunal como una interpretación constitucional, derivada del derecho al trabajo previsto en el artículo 22, y de la “adecuada protección” prevista en el artículo 27 de la Constitución. El despido *ad nutum* es aquel que es efectuado sin causa o de modo fraudulento por el empleador, por el mero hecho de ejercer su posición de poder, que da derecho a la reposición. El Tribunal Constitucional considera tres clases de despido *ad nutum*: el Despido

Mayor probabilidad de que ello ocurra existe, en cambio, en el caso de atribución al trabajador de hechos falsos, inexistentes o imaginarios. Y, sobretodo, cuando se esté ante la imputación a éste de una causa de despido no prevista legalmente, ya que esta última es una cuestión más de derecho que de hecho. La aptitud del despido fraudulento para desencadenar el proceso de amparo queda, de este modo, si bien no eliminada, al menos matizada, al situarse fuera del mismo todas aquellas extinciones que, aún pudiendo ser consideradas pertenecientes a ésta categoría, precisen para la acreditación de la presencia de una vulneración de la Constitución de una actividad probatoria dotada de cierta complejidad”.

⁶⁸ HUAMÁN ESTRADA, Elmer. (2011). “La reposición en el proceso abreviado laboral como igualmente satisfactoria”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 120. Febrero 2011. Lima, Gaceta Jurídica, p. 23, en opinión contraria sostiene que: “(...) una vez que entre en vigencia la NLPT, las demandas de amparo interpuestas por trabajadores con la finalidad de obtener la reposición, luego de haber sido despedidos (ya sea mediante despidos fraudulentos, incausados, nulos u otros despidos lesivos de derechos fundamentales), deberán ser declarados improcedentes en aplicación del artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional. El juez constitucional, al momento de resolver la improcedencia de la demanda de amparo, deberá señalar que, en la vía judicial, existe un procedimiento igual de satisfactorio que el proceso constitucional de amparo. Dicho procedimiento es el proceso abreviado laboral, el cual reúne todas las características para ello”.

⁶⁹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. (2007). Op. Cit., p. 100, considera que “(...) los supuestos de despido incausado ... por su propia naturaleza, no plantean, al menos en principio, problemas probatorios de la complejidad de un despido arbitrario”. En cuanto a los supuestos de despido fraudulento, señala que “todos ellos remiten a situaciones que resultan, cuando menos, controversiales. Este es el caso, señaladamente, de las hipótesis de extinción del contrato con vicio de la voluntad y con fabricación de pruebas, que sólo de manera excepcional podrán entenderse demostrados de manera fehaciente e indubitable, como exige el Tribunal, en un proceso de tan limitado alcance probatorio como el amparo.



Nulo, el Despido Incausado y el Despido Fraudulento, denominados como “despidos inconstitucionales”.

3. El marco sustantivo o material, los mecanismos de protección sobre los despidos inconstitucionales, así como sobre la existencia de otros despidos lesivos de derechos constitucionales, hallan sustento en las sentencias N° 1124-2001-AA/TC, N° 976-2001-AA/TC y N° 0206-2005-PA/TC expedidas por el Tribunal Constitucional, siendo que para este tipo de casos el TC consideró que la vía del amparo -por razón del efecto o resultado (reposición)- es una vía idónea para reparación del derecho constitucional lesionado, trayendo como consecuencia la reposición en el centro de trabajo a elección del trabajador.
4. De la evolución histórica del derecho del trabajador a ser repuesto en el centro de trabajo, se puede concluir, desde un punto de vista legislativo, que las diferentes normas legales que trataron este tema reflejan una constante pugna entre la disyuntiva de regular un sistema de estabilidad laboral absoluta o relativa, así como los mecanismos de protección frente a la eventualidad de un despido arbitrario. Verificándose desde la dación del Decreto Ley N° 18471 el establecimiento de un sistema causal para limitar la facultad de despido del empleador -tendencia generalizada que se observa en los siguientes dispositivos legales que se expidieron, a saber, el Decreto Ley N° 22126, la Ley N° 24514 y finalmente el Decreto Legislativo N° 728- lo que sin embargo no se presenta del mismo modo con el derecho de reposición y los mecanismos de protección frente a un despido arbitrario, cuyas normas legales fueron protectoras como sucedió con la puesta en vigencia del Decreto Ley N° 18471 y la Ley N° 24514, otra veces sumamente discrecionales como lo fue el Decreto Ley N° 22126, para luego adoptar un modelo al que la doctrina denominó de “mínima protección” como ocurrió con el Decreto Legislativo N° 728. Los mecanismos de protección pasaron de sede administrativa (Ministerio de Trabajo) a sede judicial (Juzgados Privativos de Trabajo y luego Juzgados Especializados en lo Laboral). En la instancia judicial se hizo valer en la vía ordinaria laboral inicialmente, mediante la denominada “calificación de despido” (como injustificado o improcedente) que generaba el derecho de optar entre la reposición o la indemnización, para luego con el denominado proceso de “flexibilización” del derecho laboral en los años noventa, regularse sólo una pretensión resarcitoria. Finalmente, teniendo en cuenta el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los denominados “despidos inconstitucionales”, se hacía valer una pretensión restitutoria por la vía del amparo laboral.



5. Con la puesta en vigencia de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), publicada el 15 de enero del 2010, se tuvo en cuenta el avance de la modernidad, regulando la utilización de tecnología en los procesos judiciales, estableciendo procesos judiciales básicamente orales con aplicación de principios laborales procesales, tales como la concentración, inmediación, celeridad y economía procesal; se estableció una justicia laboral omnicomprendensiva, entendiendo por tal el conocimiento de todo tipo de conflicto derivado de una prestación de servicios personales a favor de terceros, con presunción de que se trata de una relación laboral. Se plantea un nuevo modelo del proceso laboral, con un juez verdadero director del proceso, proactivo, y que exige de los abogados la preparación para el litigio oral.
6. El proceso laboral regulado en la NLPT se halla caracterizado porque se prefiere el fondo sobre la forma, prevalecen las exposiciones orales sobre las escritas y rigen los principios procesales de inmediación, oralidad y dirección del proceso, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad, así como el de igualdad real entre las partes, gratuidad, elasticidad y favorecimiento del proceso, observación del debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y razonabilidad. El proceso laboral abreviado previsto en la NLPT privilegia que se resuelva el conflicto jurídico laboral en el menor tiempo posible; se estructura bajo una Audiencia Única que comprende cinco etapas: conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia.
7. La NLPT previó que la pretensión de reposición se podía tramitar en la vía del proceso laboral abreviado, concluyéndose que al regular una justicia laboral omnicomprendensiva se pueden entonces ventilar en dicha vía procesal los denominados despidos inconstitucionales (despidos incausados, fraudulentos, nulos u otros despidos lesivos de derechos fundamentales), buscando la reposición y no la indemnización, configurándose así la posibilidad de tener una vía específica igualmente satisfactoria por razón del resultado (reposición) y por idoneidad (celeridad y eficacia), fortaleciéndose así la justicia ordinaria laboral y la debida protección de los trabajadores que fueran objeto de un despido inconstitucional.
8. Como consecuencia de lo anterior, la justicia ordinaria laboral también constituye una vía idónea para salvaguardar la conculcación de derechos constitucionales lesionados, por cuanto es obligación del juez del proceso ordinario aplicar la constitución y las leyes y, de encontrar incompatibilidad entre ésta y aquella, debe preferir la primera; lo que evidencia que el juez del proceso ordinario laboral



tampoco está ajeno a la protección de los derechos constitucionales, constituyendo así los jueces del Poder Judicial el primer nivel de protección de los derechos fundamentales, tal como lo ha señalado el TC.

9. En materia de justicia laboral constitucional, conforme al Código Procesal Constitucional, el amparo tiene un carácter de residualidad y no de alternatividad, siendo que conforme la doctrina jurisprudencial desarrollada por el TC, sólo en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, se podría acudir al amparo para obtener protección adecuada para los trabajadores del régimen laboral privado porque podía lograrse la reposición en el trabajo.
10. Con la dación de la NLPT se habrían superado los problemas de limitación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, dado de que en dicha vía podrían tramitarse pretensiones de reposición. Sin embargo se concluye que no ha quedado descartada la posibilidad de que en la justicia laboral constitucional (amparos laborales) se puedan seguir conociendo los denominados despidos inconstitucionales y otros despidos lesivos de derechos fundamentales, pero dado el carácter residual de esta vía, estará sujeto a que caso por caso el juez verifique si la vía ordinaria no es la idónea, satisfactoria o eficaz para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente o en situaciones especiales, debidamente acreditadas por el trabajador, conforme lo ha señalado el TC.
11. Al existir una vía igualmente satisfactoria por la puesta en vigencia de la NLPT, entonces el Tribunal Constitucional tendrá que delimitar los supuestos que comprenden el contenido esencial del derecho al trabajo y su correspondiente derecho de reposición, los que podrían ventilarse excepcionalmente vía amparo laboral; mientras tanto, corresponderá a una justicia ordinaria coherente y madura asumir el reto de calificar las pretensiones restitutorias atendiendo criterios como la "suficiencia de material probatorio", el "padecimiento de una enfermedad grave" o "la percepción de una remuneración mínima vital", entre otros, a fin de no generar una restricción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del trabajador, teniendo en cuenta el carácter alimentario de este derecho.



VIII. BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS

- ÁVALOS JARA, Oxal Víctor. (2011). "Comentarios sobre la 'nueva' potestad de los jueces laborales para reponer a un trabajador ante un despido fraudulento". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 120. Febrero 2011. Lima, Gaceta Jurídica.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. (1991). *El derecho de la estabilidad en el trabajo*. Primera Edición. Lima, Asociación Laboral para el Desarrollo (ADEC-ATC).
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. (2002). *El despido en el derecho laboral peruano*. Primera Edición. Lima, Ara Editores.
- CAMPOS, Joseph. (2005). "La Residualidad del Proceso Constitucional en el Nuevo Código Procesal Constitucional. Una reflexión a la luz del derecho internacional de los derechos humanos". En: PALOMINO MANCHEGO, José F. (2006). *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo II. Lima, Editora Jurídica Grijley.
- COMOGLIO, Luigi. (1970). *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova, CEDAM.
- DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. (2011). *Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional en materia laboral. Soluciones Laborales*. Primera Edición. Lima,
- DE LAMA LAURA, Mario Gonzalo. (2011). "El despido fraudulento y su apreciación en el proceso de amparo y la vía abreviada laboral". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 120. Febrero 2011. Lima, Gaceta Jurídica.
- HUAMÁN ESTRADA, Elmer. (2011). "El proceso abreviado laboral regulado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo ¿se configura como una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo?". En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 39, Marzo del 2011. Lima, Gaceta Jurídica.
- HUAMÁN ESTRADA, Elmer. (2011). "La reposición en el proceso abreviado laboral como igualmente satisfactoria". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 120. Febrero 2011. Lima, Gaceta Jurídica.
- MONROY GALVEZ, Juan F. (2004). *La formación del proceso civil peruano*. Segunda Edición aumentada. Lima, Palestra Editores.
- NEVES MUJICA, Javier. (2002). "Los conceptos y los efectos de la sentencia del caso Telefónica". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 8. Número 49. Octubre 2002.
- PAREDES PALACIOS, Paúl. "La Nueva Ley Procesal del Trabajo y la Acción de Amparo en Materia Laboral". Material extraído del Curso de Capacitación de Magistrados en la Aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo llevado a cabo el 05 de febrero del 2011.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. (1998). "Los principios del derecho del trabajo". Tercera Edición. Buenos Aires, Ediciones Depalma.



PRIORI POSADA, Giovanni F. (2001). *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Segunda Edición. Lima, Ara Editores.

QUISPE CHÁVEZ, Gustavo; CAMPOS TORRES, Sara; GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. (2010). *El amparo laboral y la vía ordinaria. Supuestos de procedencia, etapas del proceso y análisis jurisprudencial*. Soluciones Laborales, Manual Operativo. Primera Edición. Lima, Gaceta Jurídica SA.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. (2007). *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Primera Edición. Lima,

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2008). *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral. Soluciones Laborales*. Primera Edición. Lima, Gaceta Jurídica SA.

VINATEA RECOBA, Luis y TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2010). *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Primera Edición. Lima, Gaceta Jurídica.

VINATEA RECOBA, Luis. (2004). "La 'adecuada protección procesal' contra el despido arbitrario: Comentarios a la sentencia de fecha 13 de marzo del 2003 emitida por el Tribunal Constitucional Peruano". En: *Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia laboral y provisional*. Primera Edición. Lima, Academia de la Magistratura.



B. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

STC N° 1124-2001-AA/TC Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL.

STC N° 976-2001-AA/TC Eusebio Llanos Huasco.

STC N° 0206-2005 PA/TC César Antonio Baylon Flores.



► TERCER PUESTO

LOS CONCEPTOS DE INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS, NOTAS PARA UN ESTUDIO PRELIMINAR

Dr. ARNALDO RAMOS LOZADA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Egresado de la Maestría de Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fiscal Adjunto Provincial de la 12a. Fiscalía Provincial Civil de Lima.

“No hagas en lugar público, ó introduzcas en este lugar cosa alguna, por lo cual se le cause a uno algún daño, excepto aquello que por Ley, Senadoconsulto, Edicto ó Decreto de los Príncipes se te concedió, pues por lo que de esto se hubier hecho no daré interdicto”.

D. 43, 8, 2, 2

Trad. de Ildefonso García del Corral

SUMILLA

A pesar de que los conceptos de intereses difusos y colectivos han sido objeto de amplio debate por la doctrina extranjera, en sede nacional son pocos los trabajos exploratorios que les dedican más de un párrafo, lo cual trae como consecuencia la idea equivocada de que se trata una temática ajena a nuestras necesidades actuales y cotidianas. La tutela supraindividual podría resolver zonas de conflicto en la sociedad, en las que la persona natural o jurídica, a pesar de ser la afectada directamente, no puede ingresar de modo individual, sino a través de legitimados extraordinarios previstos por la ley procesal. El primer paso para que se materialice dicha tutela (que atañe a una colectividad como un todo), es de modo forzoso, delimitar lo que se entiende por los mencionados intereses (difusos y colectivos), pues difícilmente se podrá proteger aquello que no se conoce con precisión. En este trabajo se bosquejan algunas notas con la finalidad de encontrar los conceptos de intereses de intereses difusos y colectivos con relación a nuestra legislación.

I. INTRODUCCIÓN (PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA)

Muy escasa es la literatura jurídica peruana que sobre los intereses supraindividuales se ha producido (incluso acerca de los aspectos más generales), tal vez porque la casuística judicial en cuanto a intereses difusos es muy pobre y en un reino de prácticos nada que no se le vincule de forma inmediata resulta atractivo, o quizá porque la legislación de la materia es tan parca⁷⁰ que no aviva los ánimos de los exegetas (salvo en lo que

⁷⁰ QUIROGA LEÓN hace notar que la falta de regulación de la materia colectiva en el Perú justifica la adopción de un Código Modelo para Procesos Colectivos. Cf. QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Los procesos colectivos y de intereses difusos. Anteproyecto del código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica”. En: *Revista Bibliotecal del Colegio de Abogados de Lima. Edición Bicentenario 1804 – 2004*, Año 1, N° 7. Lima, octubre del 2007, p. 291, primera columna – segunda columna.



a derechos del consumidor atañe). En contraposición a ello, no es poca la bibliografía extranjera que sobre la materia se ha producido desde la monografía de Emilio Bonaudi⁷¹ en el año de 1911, pasando por Cappelletti en la década del setenta⁷² y el Código de Defensa del Consumidor brasileño de 1990 (que es citado por autores de varias naciones).

Nuestra legislación se ocupa del tema a través de algunas pautas de carácter procesal, centrándose principalmente en la legitimación activa para ejercer la acción colectiva en procesos civiles (artículo 82 del Código Procesal Civil), de familia (inciso e) del artículo 144 del Código de los Niños y Adolescentes), constitucionales (artículo 40 del Código Procesal Constitucional) y contencioso administrativos (artículo 14 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS). A ello, y siempre desde el aspecto adjetivo, el artículo 82 del Código Procesal Civil añade algunas líneas generales sobre la publicidad de la demanda (en forma de edictos), los efectos de la sentencia fundada (aunque no la que declara infundada)⁷³ y los fines de la indemnización solicitada (siempre que se haya acumulado dicha pretensión, cuando más importante sería por ejemplo evitar un daño inminente)⁷⁴. Sin embargo, sólo

el primer párrafo del artículo 82 del Código Procesal Civil se refiere a grandes rasgos al concepto de interés difuso, y recientemente el artículo 128 del Código de Protección y Defensa del Consumidor agrega unas cuantas líneas respecto a las diferencias entre los intereses colectivos y difusos de los consumidores, aunque con algunas imprecisiones⁷⁵.

En el plano teórico, los artículos nacionales no se han ocupado del tema en forma extensa, resumiendo en una línea una serie de cuestiones conceptuales acerca de la naturaleza de los dos tipos de intereses supraindividuales (difusos y colectivos), de tal forma que la noción que encierran estas dos categorías no está suficientemente estudiada con relación a la legislación peruana y mucho menos a nuestra realidad, proyectando equivocadamente la idea de que el tema es poco importante con relación a nuestras necesidades diarias, en la que podemos verificar, sin mucho esfuerzo, que el individuo está atado de manos frente a los atropellos contra él en particular, pero con relación a un grupo, clase o categoría que comparten dicho interés por igual (por ejemplo, en los planos del consumo, la seguridad o la salud pública). Esta oscuridad en la que se mantienen los conceptos de intereses difusos y colectivos es cómplice de la poca aparición de pedidos de tutela supraindividual por los tribunales ordinarios o constitucionales⁷⁶.

En ese estado de la situación –y a pesar de no tener acceso a todas las fuentes deseadas– consideramos justificado elaborar estas breves notas con el objeto de acercarnos a los conceptos de intereses difusos y colectivos, con una relación directa a nuestra legislación, siendo éste el primer eslabón que necesariamente debe forjarse para abordar con posterioridad la temática procesal que permita materializar su defensa en beneficio de la comunidad. Por tal motivo, en las siguientes páginas desarrollaremos lo concerniente a la naturaleza de los intereses supraindividuales y sus clases (difusos y colectivos), señalando sus coincidencias y puntos de separación, analizando la posibilidad de una construcción funcional así como diferenciando a estos intereses de otros que pudieran parecernos similares.

⁷⁵ Cf. RAMOS LOZADA, Arnaldo. (2011a). "El concepto de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Notas de acuerdo al Código de Protección y Defensa del Consumidor". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 121. Lima, marzo del 2011, pp. 381-384.

⁷⁶ Sin embargo, algunos casos concretos han sido citados en RAMOS LOZADA. (2011b). *Op. Cit.*, passim.

⁷¹ Según BUJOSA VADELL, los estudios sobre el tema que nos ocupa empiezan con BONAUDI, Emilio. (1911). *La tutela degli interessi collettivi*. Torino, Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. (1995). *La protezione jurisdictional de los intereses de grupo*. Barcelona, José María Bosch Editores SA, p. 63.

⁷² Marcan un importante hito las ponencias de Mauro Cappelletti, presentadas en el Congreso de Pavia del 11 y 12 de junio de 1974 y en París el 14 de marzo de 1975, las cuales fueron editadas, respectivamente, bajo los títulos "Las acciones para la tutela de los intereses colectivos" (en: *Jurisprudencia italiana*, IV, 1975) y "La protection d'intérêts collectifs et de group dan le procès civil - Métamorphoses de la procédure civile" (en: *Revue internationale de droit comparé*, 1975). Estos trabajos han sido recogidos en parte en el artículo "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie, Año XI, N° 31-32. México D.F., Sección de Artículos, enero-agosto 1978.

⁷³ Para Arnaldo Ramos, los efectos de la cosa juzgada formada en el proceso en el cual se defienden intereses difusos de los consumidores son *secundum eventum litis*, es decir, favorable a todos los miembros del grupo, clase o categoría de consumidores cuando se declara fundada la demanda; pero sólo será desfavorable para el actor cuando se declara infundada la demanda, dejando a salvo el derecho de los demás para que intenten la misma acción con posterioridad. Cf. RAMOS LOZADA, Arnaldo. (2010). "La extensión subjetiva de la cosa juzgada en los procesos colectivos en materia de consumo. Notas para su estudio de acuerdo a la legislación peruana". En: *Actualidad Jurídica*, Tm. 206. Lima, enero del 2010, pp. 192-193. Este trabajo fue republicado en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 16, Tm. 147, Lima, diciembre del 2011 Sin embargo, tratándose de un proceso en el cual se defienden intereses colectivos de los consumidores, la cosa juzgada tiene eficacia *ultra partes*, es decir, que vincula a todos los miembros del grupo, clase o categoría de consumidores, inclusive cuando no han participado del litigio, salvo que conforme al numeral 131.3 del Código de Protección y Defensa del Consumidor expresamente manifiesten su voluntad de no quedar vinculados con la sentencia a dictarse. Cf. RAMOS LOZADA. (2010). *Op. Cit.*, p. 192.

⁷⁴ En cuanto a la subsidiariedad de la reparación pecuniaria del daño colectivo causado, como pretensión principal, Cf. RAMOS LOZADA, Arnaldo. (2011b). "Los tipos de pretensiones para la defensa de los intereses difusos". En: AUTORES VARIOS. (2011). *Manual del Código Procesal Civil*. Primera Edición. Lima, Gaceta Jurídica SA., pp. 187-189.



II. DESARROLLO DEL TEMA

II.1. Interés e interés jurídico

El Diccionario de la Lengua Española asigna a la voz “interés” un significado de “provecho, utilidad, ganancia”, “inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc.” o “conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material”⁷⁷. De allí que en el lenguaje común “[e]l interés de alguien consiste en la obtención de algún elemento, factor o aspecto, que resulte favorable, adecuado, conveniente o necesario para el mismo”⁷⁸, quedando claro que se trata entonces de una aspiración consistente en satisfacer una exigencia para colmar una carencia o necesidad⁷⁹.

Circunscribiendo esta acepción al campo del derecho entenderemos por “interés jurídico” a la “[a]spiración legítima, de orden pecuniario o moral que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta”⁸⁰. En tal sentido, el acreedor de un bien mueble determinado tiene un interés jurídico de orden patrimonial consistente en que su deudor realice una determinada conducta: entregarle el bien pactado (artículo 1132 del Código Civil); y, del mismo modo, quien considera que no engendró al menor nacido dentro del matrimonio, tiene un interés jurídico de orden moral en que no se le repunte como padre de dicho menor, con las obligaciones y derechos que ello conlleva, permitiéndosele solicitar judicialmente que se declare la inexistencia de un vínculo de filiación entre ellos (artículo 363 del Código Civil).

⁷⁷ Las acepciones citadas corresponden a la primera, cuarta y sexta acepción de la voz “interés”. Cf. _____ (1992). *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Madrid, Espasa-Calpe, p. 832, tercera columna. En la edición vigésima segunda del año 2001 (que puede ser consultada en línea), se modifica la segunda significación por “inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc.”, eliminando el adjetivo calificativo “vehemente”, de tal modo que el interés bien podría tratarse de un apego pasajero o transitorio. En dicha edición se ha modificado el sexto sentido de la voz por “conveniencia o beneficio en el orden moral o material”, de tal forma que el vocablo “necesidad” es cambiado por “beneficio” y se amplía el espectro de aplicación no solo a cuestiones colectivas, pudiendo también existir una conveniencia o beneficio individual.

⁷⁸ GELSI BIDART, Adolfo. (1985). “Intereses difusos y derecho procesal”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tm. XXXV. N° 142-143-144. Julio-diciembre de 1985. México D.F., p. 534.

⁷⁹ Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. (1995). Op. Cit., p. 26-27; HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. (1997). *Mecanismos de Tutela de los intereses difusos y colectivos*. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 43; y, PISCIOTTI CUBILLOS, Doménico. (2001). *Los derechos de tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección (acción popular)*. Serie Tesis de Grado 8. Primera Edición. Bogotá, Editorial Cordillera, pp. 39-40.

⁸⁰ COUTURE, Eduardo. (1993). *Vocabulario jurídico: con especial referencia al Derecho Procesal positivo vigente uruguayo*. Buenos Aires, Depalma, p. 344, citado por LANDONI SOSA, Ángel. (1984). “Los sistemas de protección al interés de los consumidores y otros intereses colectivos”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Publicación bimestral. N° 133-134-135. Enero-junio, 1984. México, D.F. p. 514.

En consecuencia, puede entenderse al interés

“(…) como [una] relación ideal existente entre una persona (o grupo), acuciada por una necesidad, y el bien apto para satisfacer esa necesidad, y desde la misma podemos pasar a concluir que el interés se convierte en jurídico cuando el mismo está contemplado, de cualquier manera, en el ordenamiento jurídico. El paso siguiente es convertir a este interés simplemente jurídico en interés protegido por el Derecho, de modo que los intereses jurídicos acaban siendo intereses de mero hecho o intereses de derecho”⁸¹.

Esta necesidad de satisfacción prevista de alguna forma en el ordenamiento jurídico, crea relaciones entre el sujeto acuciado de necesidad y el tercero que cuenta con el bien o servicio apto para satisfacerla⁸². Por ello,

“[e]l interés [jurídico] implica una conexión entre el sujeto y algún bien o servicio que se le puede prestar y habrá de resultar adecuado, conforme a derecho, con sus conveniencias o necesidades”; y “[e]n Derecho, dado que siempre trata de vínculos entre hombres, esa conexión va a suponer, directa o indirectamente, alguna relación (jurídica) entre el titular (alegado) de la necesidad o conveniencia y otro u otros sujetos que pueden asegurar tal satisfacción, por sus actividades (activas propiamente dichas u omisivas)”⁸³.

Sin embargo, no siempre ocurre que quien cuenta con el bien o servicio apto para la satisfacción del interés de otro se muestre llano a proporcionarlo. Así, en los ejemplos antes señalados, el deudor no siempre cumplirá con la prestación debida de entregarle el bien mueble pactado al acreedor, o la madre del menor recién nacido aceptará de buena guisa que su cónyuge repudie la paternidad de este último; por lo que, el interés jurídico también da lugar a situaciones tirantes entre los sujetos de la relación cuando las aspiraciones de las partes son opuestas⁸⁴. Por tal motivo, “el juego de los intereses jurídicos, en tanto que existentes al ser reconocidos por el Derecho, adquiere sentido

⁸¹ MONTERO AROCA, Juan. (2007). *De la legitimación en el proceso civil*. Primera Edición. Barcelona, Bosch, p. 402.

⁸² PRIORI POSADA, Giovanni. (2009). “La efectiva tutela jurisdiccional de de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: AUTORES VARIOS. (2009). *Derecho Procesal Civil. Estudios*. Lima, Jurista Editores EIRL., pp. 47-48. Este artículo también ha sido publicado anteriormente en: *Ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 26, Lima, junio del 2003.

⁸³ GELSI BIDART, Adolfo. (1985). Op.Cit., p. 534.

⁸⁴ PRIORI. (2009). Op. Cit., p. 49.



cuando en la realidad diaria se constata la existencia [de] conflictos intersubjetivos de intereses jurídicos (...)”⁸⁵.

Visto este interés en forma dinámica, tiene una doble manifestación: una de carácter substantivo cuando

“(...) el ordenamiento jurídico lo que hace es determinar primero si un interés es o no digno de protección y, después, qué interés prevalece sobre el otro. La norma material determina ante el conflicto cómo se soluciona el mismo y lo hace asignando al titular de un interés una situación de ventaja o de prevalencia sobre el titular de otro interés”;

y, otra de carácter adjetivo porque “(...) la función de la norma procesal es determinar cómo se produce por un órgano judicial la tutela del interés que la norma material considera prevalente”⁸⁶. Tal como lo hemos indicado desde las primeras líneas, en este trabajo desarrollaremos el tema desde el aspecto substantivo, reservando los problemas procesales para otra oportunidad.



II.2. Los intereses supraindividuales

Mientras que los intereses individuales suponen la satisfacción de quien pretende alcanzar una situación jurídica o la realización de una conducta determinada, en mérito a un derecho subjetivo que le es exclusivo, en todo o en parte⁸⁷, en los intereses supraindividuales⁸⁸ se persigue la satisfacción colectiva de una pluralidad de sujetos que

⁸⁵ MONTERO AROCA. (2007). Op. Cit., p. 402.

⁸⁶ Ibid, p. 403.

⁸⁷ La doctrina concibe que “[e]l interés individual, se percibe sin gran esfuerzo, constituye un típico indicativo del liberalismo de una sociedad extremadamente egoísta, que vislumbra en lo personal la forma más acabada de realización del hombre, sin ninguna preocupación solidaria con el otro. Este interés se ejerce por y para el individuo” (traducción libre). Cf. ÁLVARO DE OLIVEIRA. (1993). “A ação coletiva de responsabilidade civil no direito brasileiro”. En: XIII Jornadas de Derecho Iberoamericano procesal. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 267.

⁸⁸ Se suelen emplear como términos equivalentes a intereses supraindividuales los siguientes: intereses de grupo, colectivos, difusos, sociales, fragmentarios, transpersonales, *interessi adespoti* (sin dueño, anónimos), de clase, entre los más citados. Cf. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (2001a). “Panorámica actual de la Doctrina Procesal (con especial referencia al derecho procesal mexicano)”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 56. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, pp. 458-459; y del mismo autor, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (2001b). “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo en México)”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LI. N° 25. Agosto del 2001. Trujillo, p. 22.

comparten por igual dicho interés, de tal modo que “(...) nadie es titular de ellos, al mismo tiempo que todos, o todos los miembros de un determinado grupo, clase o categoría son sus titulares (...)”; por eso, Cappelletti se preguntaba al respecto: “(...) ¿A quién pertenece el aire que respiro?”⁸⁹.

Podemos identificar claramente la existencia de intereses individuales cuando, por ejemplo, una persona pretende que se le adicione un prenombre que lo distinga de un homónimo perseguido por la justicia (artículo 29 del Código Civil); el acreedor, la ineficacia de una donación efectuada por su deudor, a efectos de satisfacer su crédito con dicho bien (artículo 195 del Código Civil); el hijo, concurrir con sus hermanos en la herencia del padre común de la que fue preterido (artículo 664 del Código Civil); el propietario, reivindicar el bien en poder de tercero (artículo 923 del Código Civil); el tenedor que de buena fe posee el título valor, la satisfacción del crédito cartular (numeral 90.1 de la Ley de Títulos Valores) o el peatón, que se le indemnice por las lesiones sufridas en el accidente de tránsito (artículo 1970 del Código Civil).

Es evidente que estos casos tratan sobre intereses individuales debido a que en todos, la parte activa de la relación jurídica está integrada por una sola persona, guardándose perfecta armonía entre este hecho y la significación del vocablo “individual”; sin embargo, el hecho de que el sujeto activo o pasivo de la relación material sólo sea uno, no es lo que convierte a dicho interés en individual; pues igualmente individuales son los intereses que subyacen en las obligaciones indivisibles con pluralidad de acreedores (artículo 1175 del Código Civil), siendo mejor prueba de ello el que nada obste que todos transfieran su cuota ideal a uno de los coacreedores, consolidando en éste la titularidad

Este último artículo también fue publicado en: ____ (2000). *Manual en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*. Primera Edición. México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 221-234. Sobre lo mismo, Cf. también a PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. (2004). “Patrocinio de intereses difusos”. En: *Revista Bibliotecal del Colegio de Abogados de Lima. Edición Bicentenario 1804-2004*. Año 1. N° 7. Octubre del 2004. Lima, p. 286, segunda columna; y AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. (2006). “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 33. N° 1. Santiago, p. 74. El profesor nacional Monroy Gálvez considera aisladamente que deberían ser denominados “derechos comunitarios” o “de la comunidad”. Cf. MONROY GÁLVEZ, Juan P. (2010). “La tutela de los derechos comunitarios”. En: MONROY GÁLVEZ, Juan P. (2010). *La formación del proceso civil peruano (escritos reunidos)*. Tercera Edición corregida y aumentada. Lima, Comunitas, p. 1093 (nota 2). Este mismo trabajo ha sido publicado en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Año III. N° 6. 2004. Buenos Aires, pp. 7-15. Para un análisis más detallado del empleo de la terminología, Cf. VÉSCOVI, Enrique. (1984). “Sistemas de protección al interés de los consumidores y otros intereses colectivos”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Publicación bimestral. N° 133-134-135. Enero-junio, 1984. México, D.F., pp. 571-572 (nota 3); y BUJOSA VADELL. (1995). Op. Cit., pp. 59-62.

⁸⁹ CAPPELLETTI. (1978). Op. Cit., p. 12.



exclusiva de la prestación. Así ocurre, por ejemplo, cuando uno de los dos coacreedores de un caballo cede sus derechos a su cotitular.

Recordemos que:

“(...) el Derecho sí había admitido y regulado la posibilidad de la legitimación (...) plural, en el sentido que pueden existir varias personas que aparezcan conjuntamente como titulares (activos o pasivos) de una relación jurídica material, con lo que desde la perspectiva del proceso aparece la necesidad de que las afirmaciones propias de la legitimación ordinaria se hagan por más de una persona o contra más de una persona”⁹⁰.

El que exista una pluralidad de sujetos activos o pasivos en una relación jurídica no significa por sí solo que el interés que subyace haya dejado de ser individual, pues cada uno de los sujetos que compone la parte activa puede reclamar sus derechos individuales con independencia de los otros, quedando claro que los cotitulares del derecho exigido son dueños exclusivos de la parte divisible o ideal que les corresponde.



96

Por tal motivo sólo son casos de litisconsorcio activo cuando, por ejemplo, los asociados que fueron separados por decisión de la mayoría de la asamblea impugnan judicialmente el extremo del acuerdo que les afecta individualmente (artículo 92 del Código Civil); los codeudores mancomunados pretenden que se declare la nulidad del extremo del contrato que los obliga frente a un tercero común por causal de intimidación (inciso 2) del artículo 221 del Código Civil); o los copropietarios, el pago del lucro cesante por la pérdida del bien común (artículo 1969 del Código Civil).

De todo ello colegimos que no es tan sólo la pluralidad de sujetos sobre la cual recae la titularidad del interés lo que determina que éste deje de ser individual, sino que además se requiere que exista una indivisibilidad del interés entre los miembros del grupo o categoría para que trascienda al individuo o a la simple sumatoria de ellos, dando lugar a una entidad colectiva sin la cual no podría concebirse la defensa de dicho interés. Por este motivo, los llamados “intereses individuales homogéneos” –sobre los cuales volveremos después⁹¹– no son sino una pluralidad de intereses individuales que tienen un mismo origen común y que, por razón de operatividad, el derecho de algunos países

⁹⁰ MONTERO AROCA. (2007). Op. Cit., p. 404.

⁹¹ Véase el epígrafe II.5.1 de este trabajo.

les ha concedido una acción colectiva para una tutela más adecuada⁹² pero que son de naturaleza individual, lejos de su finalidad meramente instrumental.

II.3. Características de los intereses supraindividuales

Los intereses supraindividuales –a diferencia de los individuales– atañen por igual a una pluralidad de sujetos, de modo que no se trata de una sumatoria de intereses sino de una categoría nueva que sólo se concibe de modo colectivo, puesto que es indivisible entre los miembros del grupo o categoría portador del interés.

Aguirrezabal nos informa que:

“... [l]a doctrina ha elaborado varios criterios para definir el concepto [de intereses supraindividuales], según cuál es el elemento destacado y en qué se fundamenta la noción general de interés, atribuyéndoles un carácter nuevo, pudiendo así distinguir, en general, entre un criterio subjetivo, un criterio objetivo y un criterio normativo”⁹³.

Sin tomar en consideración al criterio normativo (que se reduce a concebir a estos intereses como aquellos que encuentran o no expreso reconocimiento en la norma jurídica)⁹⁴, con lo cual se delega la tarea intelectual de determinarlos a la ley que nace y se deroga con la facilidad de una Asamblea Legislativa, podemos señalar como válidos al criterio subjetivo (que se enfoca en que el interés atañe a una pluralidad de personas)⁹⁵ y al criterio objetivo (que centra el énfasis en la indivisibilidad del objeto de interés)⁹⁶.



97

⁹² AGUIRREZABAL. (2006). Op. Cit., pp. 87-88.

⁹³ AGUIRREZABAL. (2006). Op. Cit., p. 76.

⁹⁴ Así, por el criterio normativo se consideran como intereses supraindividuales a aquellos que permanecen ajenos a las normas jurídicas y se mantienen, por tanto, como intereses fácticos, lo cual da lugar a que no cuenten con un titular de dichos intereses, impidiéndonos hablar de derechos subjetivos otorgados a alguien en particular. Cf. PISCIOTTI CUBILLOS. (2001). Op. Cit., pp. 58-59; y AGUIRREZABAL. (2006). Op. Cit., p. 77.

⁹⁵ Bajo el criterio subjetivo, se enfatiza como característica del interés supraindividual el hecho de que cuenta con un portador del interés que no es sino un centro de referencia o un ente exponencial de un grupo no ocasional. Cf. PISCIOTTI CUBILLOS. (2001). Op. Cit., pp. 56-57.

⁹⁶ Bajo el criterio objetivo, se enfatiza como característica del interés supraindividual que el bien objeto del interés compartido sea idóneo de ser apreciado por un grupo y no por personas individuales. Cf. PISCIOTTI CUBILLOS. (2001). Op. Cit., p. 57.

Por tal razón, los intereses que nos atañen pueden ser definidos a través de sus dos características: son supraindividuales e indivisibles⁹⁷.

II.3.a) Son supraindividuales o transindividuales

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, el prefijo “supra-” significa “arriba” o “encima de algo”⁹⁸; y, “trans-” se refiere a lo que está “al otro lado” o “a través de”; por consiguiente, con los adjetivos “supraindividual” o “transindividual” se califican a los intereses como impersonales en cuanto a su titularidad, estando por encima del individuo o trascendiendo a la esfera exclusiva de éste para expresar niveles colectivos⁹⁹, colisionando de esta forma con el concepto clásico de derecho subjetivo que corresponde únicamente a un sujeto determinado, creándose una nueva categoría a la cual las personas en singular no pueden acceder¹⁰⁰.

Acerca de ello, Priori dice que:

“[e]sta afectación en masa ha llevado a que se reconozca una serie de derechos que ya no corresponden únicamente al sujeto individual, sino que pasa por reconocer como titular de derechos a un conjunto indeterminado de sujetos. Es decir, que no se busca la defensa o tutela de derechos de un sujeto determinado,

sino del conjunto de sujetos, los mismos que muchas veces pueden no estar identificados (...)”¹⁰¹.

En palabras de Gutiérrez de Cabiedes –citado por Montero Aroca- el interés supraindividual es:

“(...) el interés legítimo compartido por una categoría o conjunto de sujetos que se encuentran en igual o similar posición jurídica con relación a un bien del que todos ellos disfrutan simultáneamente y conjuntamente, de forma concurrente y no exclusiva, respecto del cual experimentan una común necesidad”¹⁰².

Ésta es la razón por la cual no puede aceptarse dentro esta categoría a los intereses individuales homogéneos ya que “la simple suma de tales intereses no se transforma en un interés de grupo, pero cumple la importante función de aunar intereses para dotarles de tutela jurisdiccional”¹⁰³, pudiendo en este caso cada uno interponer la acción individual a que su derecho subjetivo da lugar.

En ese sentido, es muy distinto que, por ejemplo, mediante una sentencia judicial se ordene a la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas del Ministerio de Salud que cumpla con sus deberes de control y vigilancia previstos en el artículo 129 del Decreto Supremo N° 010-97-SA, inmovilizando a nivel nacional el lote de un fármaco que no cumple con las especificaciones ni información técnica que obra en el Registro Sanitario, con lo cual se protege la salud de la colectividad de personas que potencialmente podría comprar el medicamento defectuoso, a que cada uno de los consumidores -al amparo del inciso c) del artículo 97 del Código de Protección y Defensa del Consumidor- solicite a las farmacias, boticas o establecimientos comerciales donde hayan adquirido el medicamento defectuoso que les devuelvan el precio pagado y les abonen la indemnización a que hubiera lugar por los daños causados, pues en este último caso sólo se tratarían de acciones dirigidas a cautelar intereses individuales.

Traslado al plano procesal cuando se sigue una acción de tutela de un interés supraindividual:

¹⁰¹ PRIORI POSADA, Giovanni. (1997). “La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional”. En: *Ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Año VIII. N° 14. Junio de 1997. Lima, p. 98.

¹⁰² MONTERO AROCA. (2007). Op. Cit., p. 410.

¹⁰³ ALPA, Guido. (1997). *Tutela del consumatore e controlli sull'Impresa*. Bologna, Il Mulino, p. 283, citado por AGUIRREZABAL. (2006). Op. Cit., p. 79 (nota 33).

⁹⁷ Dado que no resulta suficiente emplear en forma exclusiva el criterio subjetivo o el objetivo para la calificación de un interés como supraindividual, Bujosa considera que –tal como procedemos- ambos criterios unidos sí pueden clarificar el tema. Cf. BUJOSA VADELL (1995). Op. Cit., p. 56. En igual sentido ver THEODORO JÚNIOR, Humberto. (2002). “Relatório Geral Luso-Americano”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Año I. N° 2. Buenos Aires, p. 105; y OVALLE FAVELA, José (coordinador). (2004). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004, p. IX. Para consultar otras características de los intereses supraindividuales que surgen de las dos antes mencionadas o de la comparación de éstas con la legislación adoptada, Cf. PISCIOTTI CUBILLOS. (2001). Op. Cit., pp. 70-72.

⁹⁸ ____ (1992). *Diccionario de la Lengua Española*. Op. Cit., p. 1363, primera columna.

⁹⁹ Cf. LANDONI SOSA, Ángel. (1991). “La tutela jurisdiccional del consumidor”. En: *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. N° 17. Segunda Serie: Aspectos jurídicos de la Defensa del Consumidor. Montevideo, , p. 91; PISCIOTTI CUBILLOS. (2001). Op. Cit., p. 54; y PÉREZ RÍOS. (2004). Op. Cit., p. 288, primera columna.

¹⁰⁰ Cf. PELLEGRINI GRINOVER, Ada. (1988). “Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores. (A lei brasileira n° 7,347 de 24 de julho de 1985)”. En: *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio*. Tomo III, “Derecho Procesal”. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 2329; ÁLVARO DE OLIVEIRA. (1993). Op. Cit., pp. 266-267; FERRER MAC-GREGOR. (2001a). Op. Cit., pp. 21-22; BACHMAIER WINTER, Lorena. (2004). “La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español”. En: OVALLE FAVELA, José (coord.). (2004). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 3; GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Aluisio. (2004). “Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal”. En: OVALLE FAVELA, José (coord.). (2004). Op. Cit., p. 71; y AGUIRREZABAL. (2006). Op. Cit., p. 74.



“(...) aun cuando la norma jurídica no lo señale de forma expresa, de la naturaleza indivisible del interés supraindividual objeto del litigio podemos colegir que se produce una expansión erga omnes de la cosa juzgada, afectando, directa o indirectamente, a todos los miembros del grupo, categoría o clase que comparte el interés, dado que las consecuencias concretas del fallo serán soportadas por todos (...)”,¹⁰⁴

salvo regulación especial sobre la materia¹⁰⁵.

II.3.b) Son indivisibles

Los intereses supraindividuales no pueden dividirse en fracciones ideales a favor de cada uno de los miembros del grupo o categoría¹⁰⁶ porque se encuentran en un estado tal que:

*“(...) los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todo, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, la lesión de la entera comunidad”*¹⁰⁷.

Esto significa que ninguno de los miembros del grupo o categoría en forma individual puede arrogarse la titularidad exclusiva de dicho interés ni tampoco la de una parte ideal que lo habilite a ejercer un derecho de copropiedad, acreencia mancomunada o categoría similar; desprendiéndose de ello, a modo de corolario, que la solución al caso de uno sea idéntica para todos los demás miembros del mismo grupo o categoría¹⁰⁸.

Esta característica se identifica con el criterio objetivo para determinar cuándo un interés es supraindividual, pues

“(...) parte de la calificación del bien como idóneo para ser objeto del interés

¹⁰⁴ RAMOS. (2010). Op. Cit., p. 188 (segunda columna).

¹⁰⁵ Ibidem, pp. 192 (segunda columna)-193 (segunda columna).

¹⁰⁶ Cf. ÁLVARO DE OLIVEIRA. (1993). Op. Cit., p. 273; BACHMAIER. (2004). Op. Cit., p. 3; y GONÇALVES DE CASTRO MENDES. (2004). Op. Cit., pp. 71-76.

¹⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. (1992). “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)”. En: *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. N° 2, 1992, Montevideo, p. 235, citado por OVALLE FAVELA, Juan. (2003). “Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie. Año XXXVI. N° 107. Mayo-agosto 2003., p. 590. En el mismo sentido, PELLEGRINI. (1998). Op. Cit., p. 2329.

¹⁰⁸ OVALLE (2003). Op. Cit., p. 590.

*supraindividual. La existencia de un interés de este tipo viene dada por la aptitud de este bien para ser disfrutado por un grupo de sujetos, mientras que su carácter difuso no solo vendría dado por la referencia a un conjunto indeterminado de sujetos, sino también por la naturaleza del bien y del tipo de régimen jurídico al que esté sometido”*¹⁰⁹.

En consecuencia, cuando uno de los miembros de la colectividad se separa con la finalidad de ensayar una acción individual, sólo está haciendo valer un derecho subjetivo derivado de la lesión del interés supraindividual, lo cual no tiene relación con la tutela de este último.

De esa forma, por ejemplo, cuando una empresa minera vierte sus relaves en el río local que sirve de fuente de abastecimiento de agua a la población, ningún miembro de ésta tiene la titularidad con exclusión de los demás de exigir en forma individual que se inicie un procedimiento de purificación de las aguas, sino tan sólo en la forma extraordinaria que legitima el artículo 82 del Código Procesal Civil o el artículo II del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611 del 15 de Octubre del 2005); sin embargo, ello no impide que cada uno de los afectados pueda reclamar la indemnización por los daños a la salud que particularmente hayan sufrido, para lo cual deberán probar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil.

En el derecho comparado, el juez estadounidense exige la existencia de un agravio indivisible entre los afectados para que proceda a trámite la *class action*¹¹⁰ interpuesta. En tal sentido, Tamayo y Salmorán nos informan que en una sentencia

*“(...) para permitir al actor actuar en su favor y en el de todos aquellos que se encuentren en una misma relación que él, con respecto del objeto del proceso, tiene que ser manifiesto que el desagravio que espera para él es, en su naturaleza, igualmente benéfico para todos aquellos a quienes él representa”*¹¹¹.

¹⁰⁹ AGUIRREZABAL. (2006). Op. Cit., p. 76.

¹¹⁰ En palabras de Vescovi: “Uno de los más claros ejemplos de lo que podríamos llamar una legitimación en representación de intereses colectivos y difusos, que permite accionar en juicio en defensa de un grupo (clase), que tiene (objetivamente considerado, esto es presumiblemente) interés común al que actúa, es el sistema de las acciones de clase (...) El “leading case” se considera el de “Smith v. Swormstedt” en 1853, en el cual seis personas representan a mil quinientos actores y tres a ocho mil trescientos demandados”. Cf. VESCOVI. (1984). Op. Cit., pp. 583-584.

¹¹¹ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. (1987). “Class action. Una solución al problema de acceso a la justicia”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie. Año XX. N° 58. Enero-abril, 1987. México D.F., pp. 160-161.



Por tal razón, con relación a estos intereses y en el plano procesal puede señalarse que:

“(...) la sentencia dictada en procesos colectivos despliega efectos con relación a las partes, pero también efectos reflejos respecto a todos los que, sin participar de la causa judicial, comparten el mismo interés supraindividual. Esto es algo connatural a la característica de indivisibilidad de dicho interés. Podemos ver un ejemplo claro de ello en el efecto erga omnes de la sentencia que declara fundada una acción popular, pues de acuerdo al artículo 82 del Código Procesal Constitucional, la norma reglamentaria que vulnera la Constitución o la jerarquía normativa, es separada del ordenamiento jurídico, vinculando a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano”¹¹².

II.4. Clases de intereses supraindividuales

II.4.a) Intereses difusos

Seguendo al Diccionario de Lengua Española, “difuso” significa difundido¹¹³, “ancho, dilatado”, “vago, impreciso”¹¹⁴; de allí que “(...) un interés difuso significa un interés muy extendido o “dilatado”, vale decir extenso (en el espacio o en el tiempo) o numeroso (id.)”; pues, “[l]a extensión puede referirse a la sucesiva manifestación del mismo (a través del tiempo) o su recurrencia simultánea en el espacio” y “[e]l número habrá de aludir, más que al mismo interés, que en sí, no se multiplica, a los sujetos del mismo a los que tienen “ese” interés que, por así decirlo, se reiteraría o repetiría”¹¹⁵.

Por ello, lo difuso del interés –dada su naturaleza supraindividual– es la extensión misma del interés en una colectividad no determinada de sujetos, sea que éstos hayan tenido o tengan un contacto con el evento que provoca el interés en tiempos o lugares distintos, sin que por ello se pierda la unidad del interés común del grupo o categoría. Esto se aprecia en la redacción del artículo 82 del Código Procesal Civil que señala que “[i]nterés

¹¹² RAMOS. (2010). Op. Cit., p. 188 (segunda columna)

¹¹³ En efecto, el Diccionario reserva la primera acepción de “difuso” al participio irregular del verbo “difundir”, el mismo que a su vez significa “extender, esparcir o propagar físicamente”. Cf. ____ (1992). *Diccionario de la Lengua Española*. Op. Cit., p. 530, primera columna y 529, tercera columna. Por ello no nos llama la atención que PISCIOTTI indique que en italiano, “diffusi” también signifique “difundido”; ya que se trata de una lengua hermana de la española, por ser ambas hijas del latín. Cf. PISCIOTTI CUBILLOS. (2001). Op. Cit., p. 55.

¹¹⁴ ____ (1992). *Diccionario de la Lengua Española*. Op. Cit., p. 530, primera columna.

¹¹⁵ GELSI. (1985). Op. Cit. pp. 539.

difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial (...), citándose en dicha norma sólo a modo de ejemplo “(...) el medio ambiente, o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor”. De igual forma, la extensión difusa del interés en la comunidad de quienes lo comparten, ha sido señalada por el inciso b) del artículo 128 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571 del 02 de Septiembre del 2010) al definir al interés difuso del consumidor como “(...) acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores”.

- Indeterminación o difícil determinación de los miembros del grupo. Refiriéndose a los portadores del interés, Fernández Segado sostiene que se tratan de intereses de “pertenencia difusa”, puesto que “(...) pertenecen a muchos en común, integrando todos ellos un conjunto difuso, con lo que “lo difuso” es el grupo humano que coparticipa en el interés, y no tanto en el interés mismo, que se puede percibir como concreto (...)”¹¹⁶. Siguiendo a ello, importa un interés difuso, por ejemplo, la protección de bienes culturales como la inalterabilidad de las características del escudo de la Universidad de San Marcos porque, al ser la más antigua de América, el interés quizá no sólo atañe a sus docentes, alumnos y egresados, a limeños y demás peruanos, sino también a todos aquellos que más allá de la frontera nacional tengan alguna vinculación con esta Casa de Estudios.

Aunque desde un plano ideal podría objetarse que la imprecisión de los contornos subjetivos del grupo difuso podría cesar a través de un censo debidamente organizado por quienes estuviesen dispuestos a soportar los elevados costos y el prolongado tiempo que ello demande; esto en realidad es poco probable, ya que es muy remoto que algunas personas o entidades, o incluso el propio Estado, se encargue de esta costosa y laboriosa tarea. Además, por la propia naturaleza de estos intereses, la lista resultante siempre estaría incompleta o al menos desactualizada. Éste es justamente uno de los problemas por los que atraviesa la *class actions* norteamericana cuando no puede garantizar la notificación a todos los involucrados de la parte activa, a fin de que brinden su autorización para ser considerados parte del proceso colectivo o no¹¹⁷.

Pensemos, por ejemplo, en lo muy difícil que resultaría empadronar a cuantos estén identificados con la lucha contra la lluvia ácida, los desechos tóxicos, la destrucción

¹¹⁶ FERNÁNDEZ SEGADO. (1995). “La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el estado social”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie. Año XXVIII. N° 83. Sección Artículos. Mayo-agosto 1995. México p. 582.

¹¹⁷ HERNÁNDEZ. (1997). Op. Cit., pp. 127-128.



del ozono o el calentamiento global¹¹⁸, aún cuando tan sólo nos detuviéramos en una región geográfica; y es que la indeterminación a la que se refiere esta categoría no requiere que sea en términos absolutos¹¹⁹, con lo cual pueden existir intereses difusos regionales o incluso que atañe sólo a grupos étnicos o minoritarios¹²⁰, en los cuales sin embargo igual sea difícil conocer a la totalidad de interesados.

Por tanto, no es incorrecto identificar a los intereses difusos con una colectividad indeterminada de personas o, en todo caso, de difícil determinación desde un punto de vista práctico¹²¹, pues no nos estamos refiriendo a la sumatoria de intereses particulares de cada uno de ellos, sino a los intereses comunes del grupo con carácter indivisible. Esto nos lleva a afirmar que cuando de intereses difusos se trata, resulta intrascendente conocer con exactitud a los afectados porque lo importante es conjurar el peligro o daño común que sufre la colectividad como un todo. Este es el caso, por ejemplo, en que se busca preservar un santuario ecológico de la instalación de una fábrica que alteraría su biodiversidad, pues poco importaría determinar si los intereses difusos sólo le alcanzan a los moradores cercanos de la zona afectada o si se extienden a quienes sin ser vecinos, pudieran verse afectados por los cambios del ecosistema.

- Inexistencia de organización de los miembros del grupo o categoría.- Comparten una misma situación de hecho. La mayoría de autores ha encontrado la explicación a la

¹¹⁸ CABRERA ACEVEDO, Lucio. (1993). "La tutela de los intereses colectivos o difusos". En: *XIII Jornadas de Derecho Iberoamericano procesal*. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993, p. 215. Este trabajo fue publicado anteriormente, pero con menor extensión, bajo el nombre "La protección de intereses difusos y colectivos en el litigio civil mexicano". En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. N° 127. 1983. Sección Doctrina. México D.F., pp. 113-135.

¹¹⁹ GONÇALVES DE CASTRO MENDES. (2004). Op. Cit., p. 80.

¹²⁰ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. (1993). "La protección de los intereses colectivos o difusos". En: *XIII Jornadas de Derecho Iberoamericano procesal*. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 247; y, FERRER MAC-GREGOR. (2001a). Op. Cit., p. 459.

¹²¹ Varios autores sostienen que no necesariamente debe tratarse de una indeterminación absoluta, sino también de un grupo de personas de difícil determinación. Cf. GELSI. (1985). Op. Cit., p. 541; VALERA WOLFF, Alberto Osvaldo. (1993). "La tutela de los intereses colectivos (difusos)". En: *XIII Jornadas de Derecho Iberoamericano procesal*. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 357; BUJOSA VADELL. (1995). Op. Cit., p. 98; FERNÁNDEZ SEGADO. (1995). Op. Cit., p. 565; BACHMAIER. (2004). Op. Cit., p. 7; AGUIRREZABAL. (2006). Op. Cit., p. 87; y, FIX ZAMUDIO, Héctor. (2007). "Concepto y contenido de la justicia administrativa". En: CISNEROS FARIAS, Germán; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coord.). (2007). *Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Primera Edición. México D.F., p. 210. A ello, Landoni precisa que esa indeterminación o difícil determinación debe ser observada desde un punto de vista práctico. Cf. LANDONI. (1984). Op. Cit., p. 516; y LANDONI. (1991). "La tutela jurisdiccional del consumidor", En: Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. N° 17. Segunda Serie: Aspectos jurídicos de la Defensa del Consumidor. Montevideo, 1991, pp. 90-91.

indeterminación o difícil determinación de los miembros del grupo o categoría que comparte el interés difuso en que estos no se encuentran unidos entre sí por vínculo jurídico alguno, sino tan sólo por hechos circunstanciales¹²² y por lo tanto, accidentales y mutables, que se comparten temporalmente, tal como ocurre, por ejemplo, respecto de los intereses que comparten aquellos que habitan cerca del río contaminado o que acceden a las mismas frecuencias de señal televisiva donde se difunde la propaganda inexacta. Ésta ha sido la característica que justamente el Código de Defensa del Consumidor brasileño de 1990 señala, cuando en la fracción I del artículo 81º indica que son difusos los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho"¹²³.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo venezolano también ha señalado que:

"(...) el derecho o interés difuso se refiere a un bien que atañe a todo el mundo, a personas que en principio no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, sino que es un bien asumido por los ciudadanos (pluralidad de sujetos), que sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión"¹²⁴.

Algunos autores han señalado que es nota característica de los intereses difusos que éstos no cuenten con organización alguna¹²⁵; sin embargo, el hecho de que ante un problema concreto, algunos afectados puedan constituirse en forma de asociación u otro tipo de persona jurídica para defender sus intereses comunes –tal como lo prevé además el artículo 82 del Código Procesal Civil– no significa que el interés difuso haya dejado de serlo pues, aún en ese caso, el interés no se agota en los miembros de la persona jurídica, sino que se extiende a una gran mayoría anónima que difícilmente puede determinarse¹²⁶. Con relación a ello podemos afirmar, junto

¹²² Cf. VÉSCOVI (1984). Op. Cit., p. 572; PELLEGRINI. (1988). Op. Cit., p. 2328; ÁLVARO DE OLIVEIRA. (1993). Op. Cit., p. 274; LANDONI. (1991). Op. Cit., p. 91; FERNÁNDEZ SEGADO. (1995). Op. Cit., p. 565; PRIORI. (1997). Op. Cit., p. 99; THEODORO JÚNIOR, Humberto. (2002). Op. Cit., p. 105; OVALLE. (2003). Op. Cit., pp. 589-590; BACHMAIER. (2004). Op. Cit., p. 5; PÉREZ RÍOS. (2004). Op. Cit., pp. 287, segunda columna y 288, primera columna; AGUIRREZABAL. (2006). Op. Cit., p. 75; y MONTERO AROCA. (2007). Op. Cit., pp. 409 y 413.

¹²³ Cf. OVALLE. (2004). Op. Cit., p. IX; y AGUIRREZABAL. (2006). Op. Cit., p. 75.

¹²⁴ THEODORO JÚNIOR. (2002). Op. Cit., p. 108 (nota 46).

¹²⁵ Cf. BUJOSA VADELL (1995). Op. Cit., p. 99; ACOSTA ESTÉVEZ, José. (1995). "Tutela procesal de los consumidores", p. 45, citado por AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN. (2006). Op. Cit., p. 83 (nota 49); y, en el mismo sentido, MORALES GODO, Juan. (1997). "La tutela de los intereses difusos y el medio ambiente". En: FOY VALENCIA, Pierre (editor). (1997). *Derecho y Ambiente. Aproximaciones y estimaciones*. Primera Edición. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 396.

¹²⁶ BUJOSA VADELL. (1995). Op. Cit., p. 100.



con una parte de la doctrina, que, en todo caso, los que comparten el interés difuso podrían estar unidos por “un vínculo jurídico muy lato”¹²⁷.

Así, por ejemplo, si una empresa constructora pretende levantar una edificación dentro del Parque Arqueológico de Sacsayhuamán, bien podría ser el caso que varios pobladores se organicen en forma de asociación para impedir que se inicie o prosiga con dicha obra en detrimento de nuestro patrimonio cultural; empero, no por ello el interés dejará de ser difuso, en tanto que no le corresponde únicamente a los que se unan a dicha asociación o, incluso, sean vecinos de la zona, ya que el interés por proteger el monumento inca se extiende a todas las sangres peruanas. El hecho de que algunos miembros del grupo procedan a organizarse en alguna persona jurídica tampoco significa que los lazos que los unen hayan dejado de ser débiles, ya que finalmente siempre se retrotraen a una mera contingencia de encontrarse todos en el mismo lugar¹²⁸, situación que cesa, en algunos casos, con el traslado de la persona a otra localidad (por ejemplo, en el caso de encontrarse expuesto a publicidad falsa de alcance local) o con la conjuración del daño (cese del derrame de tóxicos en el río). Más aún, atendiendo a los contornos difusos del interés que comparte la comunidad, la persona jurídica creada no reunirá jamás a la voluntad de todos los interesados¹²⁹, de tal modo que no existirá una coincidencia entre los miembros del grupo o categoría y los asociados de la persona jurídica¹³⁰; lo que impedirá reconocer que los ausentes hayan delegado representación en dicha asociación¹³¹.

Así ocurre, por ejemplo, con los habitantes de una avenida principal que se ven perjudicados con los humos de los vehículos que contaminan excesivamente el aire; este hecho de la contaminación es lo que los une, no el que posteriormente se organicen en una asociación en pro de la defensa de la salubridad ambiental de la zona. Esto, es muy distinto a lo que ocurre con los compradores de un modelo defectuoso de impresoras diseñadas especialmente para realizar gigantografías pues, en este otro caso, los compradores tienen en común una misma relación jurídica con la empresa fabricante de las máquinas, por lo que aún si no se organizaran en forma alguna para defender sus derechos, el vínculo de derecho que tienen en común con el proveedor no desaparecerá.

La carencia de una organización con vocación de permanencia ha sido denunciada por Cappelletti como una “pobreza organizativa” que impide el acceso a la justicia del grupo a través del proceso judicial tradicional¹³²; por lo que, para superar este escollo, las legislaciones han empleado la figura de la legitimación extraordinaria, permitiéndole a entidades estatales u organizaciones privadas o públicas interponer demandas a favor de esta colectividad difusa, tal como se verá en el acápite respectivo.

- Lo difuso como evento común en sentido lato. Debemos añadir que lo difuso no sólo está referido a la extensión del interés con relación a los sujetos sino que -acompañando a ésta- puede presentarse con relación a la continuidad del suceso a través del tiempo o de iguales o similares eventos en varias localidades, de tal forma que un interés difuso puede provenir de hechos circunstanciales que vinculan a los miembros del grupo o categoría que, a pesar de ser comunes a todos, no necesariamente sean idénticos por haberse presentado en cada caso en el mismo momento o lugar.

En efecto, si una entidad bancaria tiene una pluralidad de créditos garantizados con una misma persona, el incumplimiento de éstos, cada uno en la fecha de vencimiento de la obligación, no importa sino un interés individual de la citada entidad financiera de satisfacer sus créditos -como cualquier otro acreedor- a través de un proceso de ejecución de garantías (artículo 720 del Código Procesal Civil); empero, son acciones supraindividuales las tendientes a impedir que una empresa privada continúe vertiendo relaves mineros en un río cercano a los pobladores, causándoles problemas de salud, no restringiéndose el interés a las personas que enfermaron de modo inmediato por la primera vez que se derramaron las sustancias tóxicas, sino también a todos los que con posterioridad presentaron algún mal de salud que tenga origen en dicha acción, sea que hayan sido afectados por la segunda, tercera, cuarta o última vez que la referida empresa afectó la ecología, incluyéndose también a quienes en la actualidad ya no habitan ese lugar; y es que en estos casos de daño ecológico, “(...) esta relación se extiende en el espacio y en el tiempo, a tal grado que el principio de causalidad es asunto de la mayor complejidad”¹³³.

- Posibilidad de fragmentación. Si bien es cierto que el interés es indivisible,

“(...) cuando se piensa en el perjuicio causado al bien colectivo, resulta claramente que la lesión a ese bien puede significar simultáneamente, una ofensa al bien colectivamente considerado (derecho al ambiente, a la salud colectiva, a la

¹³² CAPPELLETTI. (1993). Op. Cit., pp. 246-247.

¹³³ CABRERA ACEVEDO. (1993). Op. Cit., p. 216.

¹²⁷ LANDONI. (1991). Op. Cit., p. 516.

¹²⁸ MONTERO AROCA, Juan. (2007). Op. Cit., p. 414.

¹²⁹ CARRASCO DURÁN, Manuel. “Examen jurisprudencial del concepto de interés legítimo, aplicado a la defensa de los derechos fundamentales en el proceso contencioso-administrativo”. En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. N° 1-2. Barcelona, pp. 263-264.

¹³⁰ BUJOSA VADELL. (1995). Op. Cit., p. 174.

¹³¹ MONTERO AROCA, Juan. (2007). Op. Cit., p. 414.



información correcta) y lesión a los diversos bienes de que son personalmente titulares los componentes del grupo"¹³⁴.

En consecuencia, los intereses difusos pueden dar lugar al nacimiento de una serie de relaciones individuales distintas que puedan reclamarse en forma individual puesto que, justamente, la nota diferenciadora entre los intereses difusos y los intereses públicos es la capacidad de los primeros de dar pie a la fragmentación de intereses individuales vinculados a dicha categoría¹³⁵. Así, por ejemplo, se afecta el interés difuso a un ambiente saludable cuando se permite que circulen automóviles en mal estado que rebasan el estándar de contaminación pero las indemnizaciones que caso por caso emergen de esa situación común de hecho, dan lugar a intereses individuales de los afectados por enfermedades cutáneas o respiratorias.

- Son de inestimable valor patrimonial. El artículo 82 del Código Procesal Civil agrega como característica de los intereses difusos que son de inestimable valor patrimonial, lo cual debemos entender en dos aspectos. El primero de ellos, redundante con el carácter indivisible del interés supraindividual, afirma que el contenido de un interés difuso no es económico, pues como bien sabemos los derechos de crédito sobre una prestación dineraria siempre pueden, como destino último, dividirse en tantas partes, iguales o proporcionales, a la cantidad de derechos subjetivos individuales que existan. Esto resulta evidente cuando los acreedores se encuentran unidos entre sí por lazos de mancomunidad porque la partición de la prestación se encuentra en el mismo título; pero también ocurre con los acreedores solidarios porque, en este caso, lo único que varía es cómo el deudor debe extinguir la obligación, subsistiendo tras ello las relaciones internas entre los acreedores que dan lugar a la partición de la prestación dineraria pagada (artículo 1203 del Código Civil). Incluso hemos visto antes que tratándose de obligaciones indivisibles con varios acreedores (artículo 1175 del Código Civil), cualquiera de ellos puede disponer de su cuota ideal aunque no pueda partir el bien objeto de la prestación. Este primer aspecto, del que nos habla la norma citada, apunta a la esencia del interés difuso como indivisible para todos los miembros del grupo o categoría.

El segundo aspecto está referido al momento posterior a la violación del interés difuso, esto es, a las consecuencias que se producen y no a su esencia misma. En este otro sentido, la satisfacción de un interés difuso no puede reducirse a una

¹³⁴ LANDONI. (1991). Op. Cit., p. 93.

¹³⁵ Cf. BACHMAIER WINTER. (2004). Op. Cit., p. 7; y AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN. (2006). Op. Cit., p. 81.

cuestión meramente económica¹³⁶ pues la indemnización que pudiera obtener cada uno de los miembros del grupo o categoría afectada no tiene relación directa con la supraindividualidad de este interés, sino tan sólo con el derecho individual que surge del daño causado a cada uno en concreto. Por eso, Jairo Parra nos informa que la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en las acciones populares "(...) no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario a favor de quien promueve el reclamo de un interés colectivo"¹³⁷, englobando en esta última categoría a los intereses difusos y colectivos propiamente dichos¹³⁸. Esto es lógico porque la acción judicial mediante la cual se protege un interés difuso perseguirá principalmente el cese del daño común que se viene causando al grupo o la restitución de las cosas al estado anterior a la vulneración del interés difuso, quedando como un extremo meramente accesorio la pretensión indemnizatoria a favor de la colectividad perjudicada, tal como lo prevé la última parte del artículo 82 del Código Procesal Civil¹³⁹.

II.4.b) Intereses colectivos

Los intereses colectivos son aquellos de naturaleza supraindividual e indivisible que atañen a un grupo determinado o fácilmente determinable de personas que se encuentran unidas entre sí o con relación a la contraparte común, por un vínculo jurídico¹⁴⁰. Esta es la definición que emplea el Código de Defensa del Consumidor brasileño de 1990 en la fracción II del artículo 81 cuando prescribe que son colectivos los intereses "*transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base*"¹⁴¹.

Por ello, algunos autores han afirmado que tomando en cuenta este concepto, podemos

¹³⁶ CABRERA ACEVEDO. (1993). Op. Cit., p. 216.

¹³⁷ PARRA QUIJANO, Jairo. (2004). "Algunas reflexiones sobre la ley 472 de 1998 conocida en Colombia con el nombre de acciones populares y acciones de grupo". En: OVALLE FAVELA (coordinador). (2004). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.120.

¹³⁸ OVALLE FAVELA. (2004). Op. Cit., p. XII.

¹³⁹ RAMOS. (2001b). Op. Cit., p. 188-189.

¹⁴⁰ Cf. VALERA WOLFF. (1993). Op. Cit., p. 357; FERNÁNDEZ SEGADO. (1995). Op. Cit., p. 565; PRIORI POSADA, Giovanni. (1997). Op. Cit., p. 99; AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN. (2006). Op. Cit., p. 76; y MONTERO AROCA. (2007). Op. Cit., p. 413.

¹⁴¹ Cf. OVALLE FAVELA (coordinador). (2004). Op. Cit., p. IX; y AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN. (2006). Op. Cit., p. 75.



llegar a los intereses difusos por exclusión, esto es, cuando el interés supraindividual e indivisible no sea colectivo en sentido estricto por existir una relación jurídica base entre las personas que comparten el interés, o entre éstas y la parte contraria¹⁴².

Hasta hace poco eran ciertas las palabras de Humberto Theodoro Júnior quien respecto al Perú señalaba que: *“Los intereses colectivos son conceptuados apenas doctrinariamente y restrictivamente son limitados a grupos que actúan por medio de asociaciones, que procesalmente representan apenas a sus asociados”* (traducción libre)¹⁴³. Actualmente, el inciso a) del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571 del 02 de septiembre del 2010) ha definido a los intereses colectivos del consumidor como *“(…) acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores que se encuentran ligados a un proveedor y que pueden ser agrupados dentro de un mismo grupo o clase”*.

Sobre el particular, cabe dejar anotado que en la legislación colombiana *“(…) los intereses colectivos y difusos se engloban dentro de los intereses colectivos, y la distinción se hace entre éstos y los intereses de grupo, que corresponden a los intereses individuales homogéneos del derecho brasileño”*¹⁴⁴; por lo que en dicho país, se emplea el término “interés colectivo” en modo distinto del que hacemos en este trabajo.

- Determinación de los miembros del grupo. El interés colectivo tiene contornos más o menos visibles que permiten individualizar a los miembros del grupo o categoría que lo comparten, de tal forma que está referido a una comunidad determinable en cuanto a sus componentes¹⁴⁵ y, por tanto, limitada o circunscrita en cuanto a su extensión subjetiva¹⁴⁶. Así, este interés se presenta en las asociaciones, sindicatos, partidos políticos o gremios profesionales, en los cuales, a pesar de que el interés sea compartido por igual por un número extenso de personas, puede determinarse con exactitud y paciencia quiénes comparten dicho interés conforme a la nómina de inscritos¹⁴⁷. Sin embargo, debemos precisar que no siempre se requiere de la existencia de un registro unificado de personas que comparten el mismo interés colectivo para

calificarlo como tal pues, aún sin contar con un catálogo preexistente, podemos fijar los límites de la extensión subjetiva del grupo cuando existe una relación jurídica que los unifica, tal como por ocurre por ejemplo con los consumidores de un determinado producto defectuoso de fábrica que ha sido comercializado en una ciudad determinada¹⁴⁸.

En consecuencia, existiendo colectividades de personas que comparten un mismo interés supraindividual, dependerá del grado de determinación de sus miembros para calificar a dicho interés de colectivo o difuso; pues, según la doctrina,

*“[p]ara diferenciar al interés colectivo del difuso se ha utilizado el criterio de determinación de los miembros del grupo titular de ese interés, encontrándonos ante un interés colectivo si los miembros del grupo son determinados o son fácilmente determinables y un interés difuso si se trata de un conjunto indeterminado de consumidores afectados”*¹⁴⁹.

Dicho de otra forma:

*“(…) cuando el grupo de personas que se encuentran de forma común y simultánea en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos ellos disfrutan sea determinado o determinable en su composición, en sus miembros, puede hablarse de interés colectivo. Cuando, por el contrario, se trate de una comunidad de sujetos amplia e indeterminada o muy difícilmente determinable puede hablarse de interés difuso”*¹⁵⁰.

Desde otro ángulo, otros autores llegan a la misma conclusión al señalar que estamos frente a intereses colectivos cuando *“(…) la agresión o lesión se localiza frente a un específico y determinado grupo de sujetos organizados que se inserta en clases o en una formación social distintiva, u organizada que se inserta en el espectro de una colectividad general o más amplia”*¹⁵¹.

Esta distinción ha sido recogida también a nivel legislativo en el derecho comparado; así, además de las citas anteriormente realizadas al Código de Consumo de Brasil de

¹⁴² GONÇALVES DE CASTRO MENDES. (2004). Op. Cit., p. 80.

¹⁴³ THEODORO JÚNIOR. (2002). Op. Cit., p. 108.

¹⁴⁴ OVALLE FAVELA. (2003). Op. Cit., p. 592; y OVALLE FAVELA (coordinador). (2004). Op. Cit., p. XII.

¹⁴⁵ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ. (1997). Op. Cit., p. 62.

¹⁴⁶ FERRER MAC-GREGOR. (2001b). Op. Cit., p. 22.

¹⁴⁷ PRIORI POSADA. (1997). Op. Cit., pp. 99-100.

¹⁴⁸ Véase el siguiente párrafo de este título.

¹⁴⁹ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN. (2006). Op. Cit., p. 87.

¹⁵⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. (1999). *La tutela jurisdiccional en los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Pamplona, Editorial Arazandi, p. 109, citado por AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN. (2006). Op. Cit., p. 87.

¹⁵¹ VALERA WOLFF. (1993). Op. Cit., p. 357.



1990, cabe anotar que

“(…) en la Ley de Enjuiciamiento Civil española promulgada el 07 de enero del 2000 (…) la distinción [entre intereses colectivos y difusos] se basa únicamente en el grado de determinación de los sujetos afectados: si los afectados están determinados o son fácilmente determinables, sus intereses son calificados como colectivos; si los afectados son indeterminados o de difícil determinación, sus intereses son considerados difusos”¹⁵².

No obstante ello, al igual que ocurre con los intereses difusos¹⁵³, en la práctica no podemos concebir los grados de determinación de los miembros del grupo como categorías perfectamente diferenciadas, por lo que debemos aceptar que aquello está sujeto a la interpretación¹⁵⁴, dando lugar a puntos intermedios en los cuales difícilmente puede tomarse partido por uno u otro en abstracto, por ello algunos autores han afirmado que la diferencia entre los intereses difusos y colectivos no es ontológica sino tan sólo en el “aspecto extrínseco del grado de agregación y delimitación de la comunidad a la que se refieren”¹⁵⁵; de tal modo que, incluso, puede afirmarse que los intereses colectivos están vinculados a un modo social de vida y son, en realidad, una concretización de un interés difuso¹⁵⁶.

Con relación a dicha relatividad, una parte de la doctrina nos informa que

“(…) la diferencia [entre los intereses colectivos y los difusos] tiende a atenuarse porque cada vez son mayores los intentos de amplios sectores sociales de vertebrarse, de organizarse jurídicamente con vistas precisamente a una defensa más eficaz de estos intereses difusos”¹⁵⁷;

por lo que no es raro que en el extranjero encontremos una mayor cantidad de asociaciones o instituciones privadas cuyo objeto sea la protección de un determinado interés difuso.

- Capacidad de organización de los miembros del grupo o categoría. Comparten una misma situación de derecho. La capacidad de organización de los integrantes del grupo o categoría que comparten un mismo interés supraindividual ha sido resaltada por la bibliografía como nota característica de los intereses colectivos respecto de los difusos¹⁵⁸; sin embargo, conforme a las anotaciones que hemos efectuado anteriormente¹⁵⁹, mejor sería hablar de la facilidad de organización con la que cuentan quienes comparten un interés colectivo, la cual se evidencia en que éstos se encuentran unidos entre sí o con relación al agresor común por vínculos jurídicos.

Al respecto, la doctrina ha señalado que

“[l]as dos fórmulas [intereses difusos y colectivos] conciernen a procesos de agregación de los intereses individuales e indican dos estadios diversos de fenómenos homogéneos en la sustancia. A nivel simplemente difuso faltan los mecanismos de coordinación de las voluntades, no se han establecido los vínculos que pueden dar un carácter unitario a un conjunto de intereses iguales; a nivel colectivo existe en cambio una organización, en el sentido de que existen instrumentos de dirección y de control, y la dimensión supraindividual de los intereses, adquiere su precisa relevancia jurídica”¹⁶⁰.

Sin embargo, insistimos en que la sola atención a la existencia o no de un grupo organizado en una de las forma de persona jurídica que permite la legislación no es en sí, una intrínseca diferencia entre intereses difusos y colectivos¹⁶¹. En consecuencia, mirar sólo el esqueleto que sostiene unido a un conjunto –quizá

¹⁵⁸ Cf. . BUJOSA VADELL. (1995). Op. Cit., p. 99; FERNÁNDEZ SEGADO. (1995). Op. Cit., p. 582; HERNÁNDEZ MARTÍNEZ. (1997). Op. Cit., p. 53; MORALES GODO. (1997). Op. Cit., p. 396; OVALLE FAVELA. (2003). Op. Cit., p. 589; BACHMAIER WINTER. (2004). Op. Cit., p. 5; y, AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN. (2006). Op. Cit., p. 87.

¹⁵⁹ Véanse el segundo punto del título II.4.a) y el primer punto del título II.4.b).

¹⁶⁰ VIGORITTI, Vincenzo. (1979). *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*. Milán, Giuffrè, pp. 42-44, citado por OVALLE FAVELA. (2003). Op. Cit., p. 589.

¹⁶¹ Pese a ello, algunos autores señalan que el interés colectivo es una especie del interés difuso, en el cual existe una organización de los miembros del grupo que comparten el interés. Cf. PISCIOTTI CUBILLOS. (2001). Op. Cit., pp. 55-56. En sentido inverso, otros autores consideran que el interés difuso es una especie del interés colectivo en el cual falta la unión de los miembros del grupo que comparten el interés en alguna forma de persona jurídica permitida por la legislación. Cf. FIX-ZAMUDIO, Héctor. (2007). “Concepto y contenido de la justicia administrativa”. En: CISNEROS FARIAS, Germán; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y LÓPEZ OLIVERA, Miguel Alejandro (coordinador). (2007). Op. Cit., p. 210.

¹⁵² OVALLE FAVELA (coordinador). (2004). Op. Cit., p. XI.

¹⁵³ Véase el primer punto del título II.4.a) de este trabajo.

¹⁵⁴ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. (2004). “La tutela de los intereses colectivos y difusos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española”. En: OVALLE FAVELA (coordinador). (2004). Op. Cit., pp. 183-184.

¹⁵⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES. (1999). Op. Cit., pp. 99 y ss., citado por BACHMAIER WINTER. (2004). Op. Cit., p. 6.

¹⁵⁶ ACOSTA ESTÉVEZ, J. B. (1995). *Tutela procesal de los consumidores*. Barcelona, pp. 41-46, citado por BACHMAIER WINTER. (2004). Op. Cit., p. 5.

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ SEGADO. (1995). Op. Cit., p. 582.



incompleto- de quienes comparten el mismo interés es una inspección meramente superficial del tema, pues la verdadera diferencia se encuentra oculta a una primera vista del observador común, pero no del hombre de leyes que siempre indaga si entre los miembros o entre éstos y el agresor común existe algún vínculo jurídico que es el que hace nacer al interés como colectivo.

En este punto corresponde que distingamos el interés colectivo de los miembros del grupo o categoría que lo comparten, del interés individual de la persona jurídica u organización social en que se encuentran organizadas dichas personas¹⁶² ya que, mientras en el primer caso se trata de un interés directo de cada uno de los miembros que no puede realizarse sino en comunidad (defensa de los consumidores a que se deje de transmitir una propaganda engañosa, por ejemplo); en el segundo caso, es un interés propio de la persona jurídica con relación a sus fines concretos o esquema de organización que sólo interesará a sus miembros en un segundo plano (defensa del patrimonio social, por ejemplo).

- Posibilidad de fragmentación. Al igual que ocurre con los intereses difusos, los colectivos también tienen la posibilidad de dar nacimiento a relaciones jurídicas de carácter individual entre cada uno de los afectos con la entidad causante del daño, con la cual mantienen lazos jurídicos.¹⁶³ Nuevamente es bueno el ejemplo de la indemnización que cada uno de los miembros de la colectividad reclama por el daño que particularmente se le ha causado al comprar el modelo de maquinaria defectuosa.

II.5. Otras categorías similares

II.5.a) Intereses individuales homogéneos

Tal como lo indicamos anteriormente¹⁶⁴, los intereses individuales homogéneos son en realidad una sumatoria de intereses individuales que por tener un mismo origen común se unen artificiosamente por permiso legal en un mismo proceso judicial, por lo que sólo persiguen la tutela de derechos subjetivos que son exclusivos de cada uno de los miembros del grupo o categoría¹⁶⁵. La fracción III del artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor brasileño de 1990 dispone que los intereses individuales homogéneos son

aquellos que siendo de carácter individual tienen, sin embargo, un “origen común”¹⁶⁶. Por esta razón, “[e]stos intereses se distinguen de los difusos y colectivos en que aquellos son verdaderos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo”¹⁶⁷.

De lo anterior se desprende que los intereses así aglutinados son divisibles¹⁶⁸, conllevando a que la satisfacción de uno de sus integrantes no represente ninguna ventaja material para el otro miembro del grupo. Se trata, procesalmente, de un caso de litisconsorcio activo de un número más o menos considerable de personas, al cual el derecho le ha otorgado la posibilidad extraordinaria de accionar en forma conjunta; por ello, no existe razón alguna para impedir que cada uno de los miembros del grupo solicite la tutela del mismo derecho subjetivo a través de un proceso individual¹⁶⁹. La explicación se encuentra en que los intereses supraindividuales son esencialmente colectivos, mientras que los intereses individuales homogéneos son accidentalmente colectivos¹⁷⁰, pudiéndose por ello expedir sentencia con efectos distintos respecto de cada uno de los litisconsortes activos¹⁷¹.

Para una mejor diferenciación entre los intereses difusos, los colectivos y los individualmente homogéneos, vale el ejemplo de Gutiérrez de Cabiedes –citado por Aguirrezabal- en el cual se afirma que

“(…) la difusión de una publicidad engañosa o la comercialización de un producto defectuoso dan lugar a un interés difuso, mientras que la falta de higiene o seguridad de una fábrica dará lugar a un interés colectivo. Serán derechos individuales plurales aquellos de que son titulares quienes han adquirido un bien que no responde a las cualidades anunciadas o contratadas”¹⁷².

¹⁶⁶ OVALLE FAVELA (coordinador). (2004). Op. Cit., p. X.

¹⁶⁷ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN. (2006). Op. Cit., p. 88.

¹⁶⁸ GONÇALVES DE CASTRO MENDES. (2004). Op. Cit., p. 81.

¹⁶⁹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. (1999). “Significato sociales, político e giuridico della tutela degli interessi diffusi”. En: *Rivista di Diritto Processuale*. N° 1. Enero-febrero, 1999, p. 21, citada por OVALLE FAVELA (coordinador). (2004). Op. Cit., p. XI.

¹⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. (1984). “Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos”. En: (1984). *Temas de Direito Processual*. Terceira Serie. Sao Paulo, p. 196, citado por THEODORO JÚNIOR. (2002). Op. Cit., p. 106.

¹⁷¹ OVALLE FAVELA (coordinador). (2004). Op. Cit., p. XIII.

¹⁷² GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. (1999). Op. Cit., p. 441, citado por AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN. (2006). Op.



Por consiguiente, concluimos que cuando los consumidores no persiguen la remoción de un producto dañino del mercado, sino únicamente el cobro de una indemnización por los daños que se les ha causado en particular, no se está intentando una acción fundada en intereses colectivos, sino tan sólo una pretensión individual para alcanzar la satisfacción personal de cada uno de los codemandantes.

II.5.b) Interés público

El concepto de interés público es oscuro. La doctrina ha intentado delimitarlo desde un aspecto subjetivo (tomando como referencia a su titular) y uno objetivo (con relación al interés sobre el cual recae); sin embargo, en ambos casos ha concluido que no se trata de una categoría equivalente a un interés supraindividual.

Desde un punto de vista subjetivo, “(...) parece evidente hacer derivar el carácter público de un interés, de la correspondiente cualidad de su titular; y decir que son públicos los intereses del Estado y de los demás entes públicos, dando lugar a un razonamiento circular (...)”¹⁷³ que si bien no es muy operativo por la falta de claridad de los contornos propuestos¹⁷⁴, nos permite dejar en claro que el titular exclusivo del interés público es el Estado mismo y no la colectividad o la parte de ella que protege bajo este concepto.

De ello se desprende que cuando un organismo estatal acciona en defensa de un interés público, lo hace porque este último le pertenece; mientras que cuando un particular puede hacerlo, es porque la ley lo ha facultado de modo extraordinario. Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito penal –donde se involucran a los intereses que tienen mayor carga pública¹⁷⁵– ya que es el Estado, a través del Ministerio Público, el único titular de la acción, salvo los casos especiales previstos por la ley (artículo 2 del Código de Procedimientos Penales), pudiendo decidir incluso si formalizar o no la denuncia en base a los parámetros del principio de oportunidad (artículo 2 del Código Procesal Penal, parcialmente vigente en Lima).

Lo contrario ocurre con los intereses supraindividuales, pues por su naturaleza no existe

Cit., p. 88.

¹⁷³ PIZZORUSSO, Alessandro. (1972). “Interesse Pubblico e Interessi Pubblici”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. N° 26. 1972, pp. 65-66 (traducción libre); citado por ÁLVARO DE OLIVEIRA. (1993). Op. Cit., p. 268.

¹⁷⁴ ÁLVARO DE OLIVEIRA. (1993). Op. Cit., p. 268.

¹⁷⁵ MONTERO AROCA. (2007). Op. Cit., p. 405.

sujeto que pueda arrogarse la titularidad de ellos (véase el epígrafe II.3.a)) y si bien es cierto que el Estado, también a través del Ministerio Público principalmente, puede interponer demandas para su defensa, también es cierto que no lo hace como titular de dicho interés, sino como legitimado extraordinario¹⁷⁶.

Debido a que el interés público sólo le pertenece al Estado y no a un grupo de personas determinadas, determinables o determinadas, “(...) no es fraccionable, no contempla situaciones individualizadas, mientras que lo contrario puede suceder con los intereses supraindividuales (...)”¹⁷⁷. En efecto, cuando, por ejemplo, la ley administrativa prevé la imposición de una sanción ante una conducta potencialmente nociva o que favorece una consecuencia dañosa, no se causa ningún perjuicio concreto que deba ser indemnizado a ninguno de los particulares que integran el grupo que dicha ley pretende proteger. Dentro de ello se enmarca, el inciso 28) del artículo 134 del Decreto Supremo N° 023-2004-PRODUCE (Reglamento de la Ley General de Pesca) que sanciona a las empresas pesqueras por no emitir, sin causa justificada, señal de posicionamiento GPS de sus embarcaciones a través del Sistema de Seguimiento Satelital pues de esta forma se impide a la autoridad de la materia conocer si el rumbo de estas embarcaciones está trazado en dirección hacia áreas prohibidas.

Por estas razones, la doctrina señala que “[e]l interés difuso presenta además otra característica que no presenta el interés público, y que está constituida por su posibilidad de fragmentación, puesto que de él emana el reconocimiento de situaciones jurídicas atribuibles a sujetos individuales o a organizaciones”¹⁷⁸.

Desde un punto de vista objetivo, “(...) el interés público serviría para la realización de la convivencia armoniosa entre ciudadanos”, lo cual tampoco nos brinda demasiadas luces “(...) por la inestable variabilidad de su contenido en el tiempo y en el espacio”¹⁷⁹. Ciertamente, conforme a este criterio muchas cosas pueden ser consideradas como intereses públicos por el solo arbitrio del Estado de considerarlas como tal y es que, en realidad, el interés público es lo que por decisión política se ha considerado de importancia para la sociedad en general¹⁸⁰ o, dicho de otra forma, lo que el Estado mismo

¹⁷⁶ PRIORI POSADA. (1997). Op. Cit., p. 103.

¹⁷⁷ MONTERO AROCA. (2007). Op. Cit., p. 406.

¹⁷⁸ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN. (2006). Op. Cit., p. 81.

¹⁷⁹ ÁLVARO DE OLIVEIRA. (1993). Op. Cit., p. 268 (traducción libre).

¹⁸⁰ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ. (1997). Op. Cit., p. 85.



ha considerado que le corresponde por constituir una necesidad de su organización pública que revierte en el bienestar general¹⁸¹; es decir, que finalmente el concepto “(...) responde a una manera política de entender lo que afecta a la comunidad”¹⁸².

Atendiendo a este criterio objetivo, la jurisprudencia colombiana ha encontrado semejanzas en cuanto a los intereses supraindividuales y el interés público al afirmar que:

“(...) Estos derechos e intereses colectivos se asemejan (...) al concepto de ‘bien público’ (...) en la medida que los intereses colectivos y los bienes públicos tienden a caracterizarse porque en ellos no existe rivalidad en el consumo y se aplica el principio de no exclusión. Esto significa que el hecho de que una persona goce del bien no impide que otros puedan gozar del mismo (ausencia de rivalidad en el consumo), y por ende el goce de este bien por otras personas no disminuye su disponibilidad. Y de otro lado, esos bienes se caracterizan porque se producen o salvaguardan para todos o no se producen o salvaguardan para nadie, ya que no es posible o razonable excluir a potenciales usuarios o consumidores (principio de no exclusión). Por consiguiente, si el bien público o colectivo se encuentra en buen estado, todos los miembros de la colectividad pueden gozar de ellos en forma semejante; en cambio, una afectación del bien público o del interés colectivo tiene impacto sobre toda la comunidad, pues todos se ven afectados por ese deterioro (...)”¹⁸³

Sin embargo, si entendemos por interés público “(...) al hecho de que el interés pueda predicarse de la comunidad como un conjunto, siendo esa referencia a la totalidad de sus integrantes lo que distingue el interés público de otros intereses que puedan calificarse de supraindividuales”¹⁸⁴, encontraremos que “[u]n interés privado [como el supraindividual] no se convierte en público por el número de personas a que afecte, pues no se trata de cantidad, sino de cualidad política”¹⁸⁵. En efecto, tal característica del interés público de

extenderse a todo rincón de la población¹⁸⁶ no tiene necesariamente relación con el interés supraindividual que “(...) es siempre un interés privado, por muchas personas que sean las afectadas; por el contrario, el interés público responde a una manera política de entender lo que afecta a la comunidad”¹⁸⁷; sino que, más aún, “(...) parece claro que cuando un interés supraindividual llega a comprender a todos los ciudadanos de una comunidad, ello será consecuencia fáctica pero no apreciación jurídica”¹⁸⁸.

Pese a lo señalado, no son pocas las veces que la literatura jurídica, con consciencia o no, utiliza indistintamente los términos de interés público y difuso; así, en ocasiones se señala a este último como “social o público”¹⁸⁹ o se le vincula a “toda una comunidad y al Estado mismo”¹⁹⁰, o incluso en las traducciones del derecho estadounidense se denomina “litigio de derecho público” al proceso judicial en el que se protegen intereses supraindividuales¹⁹¹ y “demanda pública” a la que da origen al juicio colectivo¹⁹². Diferenciando ambos conceptos, Montero Aroca sostiene que Bujosa se equivoca al considerar que los intereses difusos coinciden con los públicos en cuanto a su carácter general¹⁹³ pues –como podemos inferir– los primeros implican un interés común a todos sus miembros pero no general respecto de la sociedad¹⁹⁴. Tal es así que ni siquiera es necesario que la extensión del interés supraindividual se acerque en términos porcentuales a la totalidad de la población nacional o que acaso sea la mayoría de ésta, pues bien podría ocurrir que se presenten intereses difusos incluso en un grupo reducido con relación a la totalidad de la población nacional.

En esa línea de pensamiento,

“Un interés supraindividual, en especial uno difuso, y el interés público, se diferencian en cuanto a su objeto, porque no siempre la pluralidad de sujetos

¹⁸⁶ SANTOFIMIO sostiene que “(...) en nuestro medio resulta indistinto hablar de interés general, público o de comunidad”. Cf. SANTOFIMIO. (2010). Op. Cit., p. 176.

¹⁸⁷ MONTERO AROCA. (2007). Op. Cit., p. 406.

¹⁸⁸ *Ibidem.*, p. 406 (nota 613).

¹⁸⁹ GELSI BIDART. (1985). Op. Cit., p. p. 549.

¹⁹⁰ MORALES GODO. (1997). Op. Cit., p. 395.

¹⁹¹ ÁLVARO DE OLIVEIRA. (1993). Op. Cit., p. 259 (nota 1).

¹⁹² *Ibidem.* Op. Cit., p. 261.

¹⁹³ MONTERO AROCA. (2007). Op. Cit., p. 406 (nota 613).

¹⁹⁴ HERNÁNDEZ, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, Op. Cit., p. 95 (nota 178).



a los que se refiere el interés difuso corresponde a la generalidad o totalidad de los miembros de una sociedad, ni tampoco el bien objeto del interés debe ser necesariamente de relevancia general. El interés difuso presenta además una característica que no presenta el interés público, y que está constituida por su posibilidad de fragmentación, puesto que de él emana el reconocimiento de situaciones jurídicas atribuibles a sujetos individuales o a organizaciones”¹⁹⁵.

Incluso, como hemos mencionado anteriormente, podría ser el caso que la lesión al interés supraindividual sea de un grupo étnico minoritario¹⁹⁶ o de minorías lingüísticas, raciales o religiosas¹⁹⁷, con lo que no se trata de una categoría subsumida a la de interés público o general.

En conclusión, en palabras sencillas pero muy claras, Ada Pellegrini sostiene que “(...) los intereses difusos no son intereses públicos en el sentido tradicional de la palabra, sino más bien intereses privados con una dimensión colectiva”¹⁹⁸.

III. CONCLUSIONES

1. La voz “interés” significa en el lenguaje común provecho, utilidad, ganancia, inclinación hacia algo; ánimo hacia un objeto, persona o cosa; conveniencia, necesidad de carácter colectivo en lo material o moral, de lo cual puede colegirse que el interés de alguien es la obtención de algún elemento a su favor porque le resulta adecuado, conveniente o necesario.

En el derecho, el interés jurídico es también la obtención, provecho, utilidad, ganancia, inclinación hacia algo; ánimo de obtener, conveniencia, necesidad de carácter individual o colectivo de orden material o moral, pero circunscrito al mundo de las relaciones jurídicas y en cuanto esté reconocido por el ordenamiento. Por tal razón, el interés jurídico es la aspiración legítima que tiene la persona, natural o jurídica, de alcanzar una situación jurídica (declaración de encontrarse en la primera categoría de créditos del concursado, por ejemplo) u obtener una determinada conducta a su favor (cobrar el crédito impago, por ejemplo).

¹⁹⁵ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN. (2006). Op. Cit., p. 81.

¹⁹⁶ FERRER MAC-GREGOR. (2001a). Op. Cit., p. 459.

¹⁹⁷ CAPPELLETTI. (1993). Op. Cit., p. 247.

¹⁹⁸ PELLEGRINI GRINOVER. (1988). Op. Cit., p. 2330 (traducción libre).

El estudio del interés jurídico puede ser abordado en el derecho desde el punto de vista material o sustantivo cuando se trata –como en este trabajo– de determinar la naturaleza de la cuestión objeto de estudio o el derecho material que otorga el ordenamiento jurídico para la protección de dicho interés, o desde el punto de vista procesal o adjetivo cuando el análisis recae sobre las formas y garantías a seguirse para alcanzar dicho interés en la realidad.

2. Con relación al sujeto al que le atañe en particular, el interés puede ser de dos clases: individual o supraindividual (también llamado transindividual).

Respecto del primer tipo de interés (el de carácter individual), el derecho se ha ocupado largamente de éste y se refiere al interés que tiene la persona, natural o jurídica, de alcanzar una situación jurídica o una conducta determinada que favorece directamente a sus intereses privados, con prescindencia de los demás que se encuentren o no en igual situación que él. Así tenemos, por ejemplo, el interés del acreedor en cobrar la deuda, del propietario de gozar del bien o de la madre de tener la tenencia de su hijo menor de edad. Esta esencia individual del interés no significa necesariamente que su titularidad recaiga en un único sujeto de derecho, porque también son individuales los derechos en los que a pesar de contar con una pluralidad de titulares, subyacen intereses particulares que sólo le atañen a cada uno de los cotitulares, aún cuando estén unidos por algún vínculo o eje común. Ello ocurre con los codeudores mancomunados que si bien tienen una única obligación con el acreedor común, cada uno responde sólo por la parte de la prestación que le corresponde. Procesalmente, esto se manifiesta a través de los litisconsorcios en los cuales varios demandan a uno solo el derecho o parte del derecho que les corresponde de modo exclusivo, o una persona, natural o jurídica demanda a varios sujetos la satisfacción de un derecho que es exclusivamente del actor.

En consecuencia –como es fácil advertir– la individualidad del interés está en función a la individualidad del provecho, utilidad, ganancia, inclinación hacia algo; ánimo hacia un objeto, persona o cosa; conveniencia, necesidad de carácter colectivo en lo material o moral que subyace a él, y no tiene relación directa con la existencia de uno o varios cotitulares del mismo derecho.

En el segundo tipo de interés antes señalado (el de carácter supraindividual), el titular no es otro que el grupo, clase o categoría de sujetos que de modo indivisible comparte por igual dicho interés, de tal forma que la satisfacción o disfrute del mismo se percibe con relación a todos y no solo a uno o algunos de los miembros del grupo, clase o categoría de los cuales se predica el interés supraindividual. El titular del interés, si



se quiere, sería la comunidad misma como un ente cualificado sin el cual no podría comprenderse la existencia de ese interés. Por ello, la pregunta de Cappelletti acerca de ¿a quién pertenece el aire que respiro?, ejemplifica bien el caso.

Justamente, por tratarse de un interés impersonal que recae sobre toda la comunidad particular, es que el lenguaje ha empleado los prefijos “supra-” o “trans-”, para advertir a través de la significación de ellos que no se trata de una categoría que puede ser aprehendida en todo o parte por la persona individual, sino que importa la creación de una nueva categoría que trasciende a la esfera exclusiva de las personas que componen el grupo, clase o categoría y que comparten el interés. Corolario de ello es que ninguno de los integrantes del grupo, clase o categoría tiene derechos exclusivos sobre todo o parte del interés supraindividual, sino que son meros beneficiarios de él en tanto que los demás también pueden gozarlo. Así, por ejemplo, cuando se exige en vía de acción que cesen los actos perturbatorios de la paz y tranquilidad del vecindario por ruidos molestos que viene realizando una empresa que se ubica en dicho lugar, se está violando por igual el interés supraindividual de la colectividad que habita la zona que es molestada por dichos ruidos.

Es por este motivo que no se enmarca dentro del concepto de intereses supraindividuales aquellos que se limitan a ser, en esencia, la sumatoria –aunque a veces calificada- de intereses individuales. Como ejemplo podemos citar el caso de tres acreedores, titulares activos de tres obligaciones distintas dirigidas contra un mismo deudor; o al de una pluralidad de sujetos que persiguen el pago de una indemnización por daños y perjuicios contra una única empresa que les ha vendido a todos y cada uno de ellos un mismo modelo de maquinaria que tiene un defecto de fábrica, que lo hace inútil para su función. En este caso, el interés no es colectivo porque la solución que se busca al tema se reduce a la mera indemnización a la que puede legalmente renunciar cada uno de los cotitulares del derecho, no existiendo indivisibilidad en el objeto del interés (satisfacción del daño), por lo que se trata en realidad de intereses individuales homogéneos que tienen una naturaleza individual.

3. La doctrina ha intentado responder a la pregunta acerca de qué son los intereses supraindividuales a través de tres posturas, a saber: La primera teoría es la de carácter normativo, que se limita a trasladar la tarea intelectual al legislador, quien es el que finalmente decide si un determinado interés tiene carácter supraindividual porque está reconocido expresamente en el ordenamiento jurídico como tal. De ello no nos ocupamos en el presente trabajo porque no se basa en criterios razonables para llegar a identificar la esencia misma del interés supraindividual,

más aún si en la realidad podría existir yerro en la calificación del legislador. En esos casos, si el interés así legislado es supraindividual, no sería necesariamente por sus características intrínsecas sino por la mera voluntad de la ley.

La segunda teoría es la que privilegia el aspecto plural del interés supraindividual, sin perder de vista que el titular del mismo no es el individuo ni el conjunto de ellos, sino la comunidad en sí como un todo; por esta razón se identifica como el criterio subjetivo para determinar el interés supraindividual. En este caso se puede citar como ejemplo a los padres de familia de un colegio particular que exigen a las autoridades del plantel que cumplan con el plan oficial de estudios a favor de sus menores hijos matriculados como educandos, pues queda claro que la solución no involucra la satisfacción personal de algunos los alumnos del colegio con exclusión de otros, ya que las clases se dictan en forma colectiva y como un todo indivisible para los que las reciben.

La tercera teoría es la que privilegia el aspecto objetivo del interés transindividual, porque de la apreciación de la realidad se encuentra que existen determinados intereses que, por su propia naturaleza, no pueden ser aprehendidos por el sujeto de forma aislada y con prescindencia del resto de los miembros del grupo, clase o categoría que se encuentra en igual condición respecto de él; así pues queda claro que los aspectos medioambientales (pureza de aguas, tierras, flora, etc.) o las de orden cultural (ruinas incaicas, edificaciones coloniales, expresiones artísticas, etc.), por citar algunos ejemplos, no pueden ser lesionadas para algunos y no para otros que comparten el mismo interés, ya que si al menos el daño no es directo en cuanto a lo material, por encima de ello persiste la cuestión moral.

La doctrina –siguiendo a Bujosa- se ha inclinado hacia la identificación del interés supraindividual en la realidad, a través de la aplicación conjunta de la teoría subjetiva y objetiva pues no todos los casos pueden ser explicados por una sola de ellas.

4. De la conjunción de los criterios de identificación subjetivo y objetivo, el interés supraindividual se encuentra dotado de dos características: la supraindividualidad (transindividualidad) y la indivisibilidad del objeto.

La primera característica (supraindividualidad) está vinculada con el criterio subjetivo (que es el que más impera en la doctrina para determinar cuándo estamos frente a esta clase de intereses). De acuerdo a esta característica, se trata de intereses impersonales en cuanto a su titularidad, que están por encima del individuo



o trascendiendo a la esfera exclusiva de éste para expresar niveles colectivos, creándose una nueva categoría a la que las personas en singular no pueden acceder, como por ejemplo que la propaganda que se emita por la televisión no exagere las ventajas del producto creando falsas expectativas.

La segunda característica (indivisibilidad del objeto), está vinculada al aspecto objetivo del interés, y puede resumirse en que ninguno de los miembros del grupo o categoría en forma individual puede arrogarse la titularidad exclusiva de dicho interés ni tampoco la de una parte ideal que lo habilite para su ejercicio porque no se trata de un objeto que pueda ser comprendido por un individuo en forma aislada, por ejemplo, la preservación de la salud pública.

En conclusión, los intereses supraindividuales serán los que sean transindividuales y a la vez recaigan sobre un objeto indivisible entre la comunidad a la que le incumbe.

5. No obstante, dentro de los intereses supraindividuales existen dos formas de manifestación cuyas diferencias principales son el grado de identificación de las personas que componen el grupo, clase o categoría que comparte el interés, y el de poder soportar o no un contenido económico.

Cuando los integrantes del grupo no se encuentran identificados o en la práctica no es posible hacerlo, estaremos frente a intereses difusos, por ejemplo, cuando se trate de la lesión a una comunidad extensa y no vinculada jurídicamente, como la deforestación de una provincia. Por eso los intereses difusos son difusos en cuanto a su extensión pero no en cuanto a su contenido mismo, el cual es concreto en base al interés supraindividual que es lo que se pretende proteger.

Cuando los integrantes del grupo se encuentren más o menos, o mejor identificados que en el caso anterior, estaremos frente a intereses colectivos, por ejemplo, cuando se trata de la lesión económica a los usuarios de una tarjeta de crédito dorada por la modificación abusiva de las cláusulas generales de quienes cuenten con dicha tarjeta en función al contrato firmado con el banco respectivo.

Esta diferenciación ha llevado a pensar a algunos, que los intereses colectivos son en realidad intereses difusos que por la cotidianidad de su uso se encuentran mejor difundidos entre la población, permitiendo identificar a los miembros que comparten el interés; sin embargo, este criterio diferenciador es el normativamente adoptado (artículo 82 del Código Procesal Civil), por lo que el tránsito entre uno y otro concepto para nuestra legislación no es tan sencillo como la doctrina lo plantea.

6. Los intereses supraindividuales (transindividuales e indivisibles) son difusos cuando cumplen con las siguientes características: los miembros del grupo, clase o categoría que los comparten son indeterminados o de difícil determinación práctica, se encuentran ligados únicamente por situaciones de hecho, pueden dar lugar a derechos individuales cuya titularidad recae sobre sus miembros, y son de inestimable valor patrimonial.

Cuando se afirma que los miembros del grupo, clase o categoría que compete el interés difuso son indeterminados, no se refiere a términos absolutos porque en el plano ideal siempre existirá una forma de determinarlos aun cuando sea muy complicado, y en la realidad no pueda llegarse a dicha determinación. Piénsese en cuántas personas podrían compartir el interés de impedir que se modifique el escudo de la Universidad de San Marcos, la más antigua de América, quizá ni siquiera los límites territoriales podrían servir de base para ello, y aún cuando pudieran abrirse las inscripciones a un listado de quienes estén en desacuerdo con la modificación de dicho escudo, los que figuren en el catálogo no serían todos a quienes les atañería la preservación del patrimonio cultural. Por esta razón es mejor señalar que se trata de un interés difundido entre un grupo de personas indeterminadas o de difícil determinación práctica para que no se pueda oponer una fórmula ideal a dicha característica. De esta misma forma es como debe interpretarse el inciso 1 del artículo 128 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

En la doctrina se señala que los intereses difusos suponen la inexistencia de una organización de sus miembros, empero, hemos preferido sustituir este criterio por otro: que los miembros del grupo que comparten el interés estén enlazados por cuestiones de hecho, pues el mismo artículo 82 del Código Procesal Civil prevé indirectamente la posibilidad de que algunos miembros del grupo constituyan asociaciones para la defensa de los intereses difusos que particularmente les atañen, pero ello de modo alguno modificará la naturaleza supraindividual bajo la cual subyacen. Hemos preferido señalar en vez de esto que los lazos que unen a los miembros del grupo son también difusos, esto es, basados en cuestiones de hecho, pues si alguna relación jurídica tuvieran entre sí los miembros del grupo o éstos con el infractor, se podría llegar a establecer un listado de los involucrados con lo cual ya no recaería sobre personas indeterminadas o difícilmente indeterminadas, ya que el criterio jurídico sería el empleado para determinarlas.

El artículo 82 del Código Procesal Civil, además, les atribuye la característica de no contar con valor patrimonial, con lo cual nuestra legislación no permite intereses difusos de una colectividad cuando recaen exclusivamente en el aspecto económico,



por ello la indemnización que prevé el artículo 82 del Código Procesal Civil no es sino una cuestión accesoria al pedido de restitución del estado de cosas anterior al daño colectivo, pudiendo ser solo de carácter principal en caso que el daño sea irreparable.

Finalmente, la posibilidad de fragmentación del interés difuso en derechos individuales, es una naturaleza propia de los intereses supraindividuales ya que, finalmente, debajo de éstos subyacen diversos intereses particulares que están vinculados de alguna manera al de naturaleza colectiva.

7. Los intereses supraindividuales (transindividuales e indivisibles) son colectivos cuando cumplen con la siguientes características: existe una determinación más o menos sencilla de los miembros del grupo, clase o categoría que comparte dichos intereses; comparten una misma situación de derecho y tienen la posibilidad de fragmentarse en derechos individuales a favor de sus miembros.

A diferencia de los intereses difusos, en los cuales no se puede conocer con exactitud quiénes son los integrantes del grupo, clase o categoría que comparten los intereses de esa naturaleza, en los colectivos sí es posible contar con un límite más o menos visible de su extensión subjetiva, inclusive para los casos en que no se cuente con un registro unificado de todos los miembros ya que la relación jurídica que une a todos ellos o a ellos con un infractor común, permite indagar y determinar quiénes son. Desde luego, en este punto también debe procederse con cautela respecto de las cuestiones de orden práctico, porque un interés que idealmente pueda ser colectivo por su gran extensión, haría en la realidad impracticable que se logre determinar con exactitud quiénes son los miembros del grupo, clase o categoría que lo comparten.

En estos intereses los miembros de la comunidad comparten lazos jurídicos entre sí o con un infractor común que es justamente lo que permite identificarlos. La doctrina suele atribuirle como una característica intrínseca el hecho que, además, estén agrupados formalmente en alguna de las maneras que la ley permite, especialmente como asociaciones; sin embargo, al igual que con las atingencias al interés difuso, cabe señalar que la forma exterior de organización del interés no determina su naturaleza, pues es solo eso: la forma exterior, de tal manera que si no estuvieran organizados pero hubiera posibilidad de conocer quiénes comparten el interés supraindividual, estaríamos frente a un interés colectivo.

En cuanto a la posibilidad de fragmentación, tal como indicamos anteriormente, es propio de los intereses supraindividuales el que puedan dar lugar a derechos individuales conexos que sólo involucran el interés particular de los miembros del grupo, clase o categoría que comparte el interés colectivo.

8. Al menos hemos encontrado dos categorías que pudieran confundirse con los intereses supraindividuales (difusos y colectivos): los intereses individuales homogéneos y el interés público.

Respecto de los primeros (los intereses individuales homogéneos), son en realidad una sumatoria de intereses individuales que por tener un mismo origen común se unen artificiosamente por permisión legal en un mismo proceso judicial, con lo cual sólo persiguen la tutela de derechos subjetivos que son exclusivos de cada uno de los miembros del grupo o categoría, es decir, que sin importar la gran extensión de personas que aglutinen bajo relaciones jurídicas similares, estos intereses no son supraindividuales sino individuales, de tal forma que el resultado del litigio no es homogéneo para todos los que se unieron bajo esta categoría. De ello se desprende que los intereses así unidos son divisibles, pues corresponden privativamente a cada uno de los miembros del grupo que lo conforma.

Respecto del segundo (interés público), el asunto es un poco más complejo porque se parte de otro concepto que no deja de ser totalmente oscuro para el derecho. Desde un punto de vista subjetivo, el interés público es aquello que le atañe a su titular, el Estado, pero bajo ese concepto se encierra a todo aquello a lo que el Estado considera que le compete, de tal forma que incluso podría decidirse que algunas cuestiones relacionadas con lo privado le son atribuibles de reglamentar, vigilar o intervenir directamente. Desde un punto de vista objetivo, se afirma que el interés público es el que sirve para la realización de la convivencia armoniosa entre ciudadanos, pero ese criterio es muy variable dependiendo de lo que la sociedad considere atendible en un determinado momento. Dicho de otra forma, el interés público es lo que para la política del Estado es, y dentro de ella algunas cuestiones tendrán coincidencia con los intereses difusos o colectivos, pero otras no. Así, en el extremo más absoluto de lo público se encuentra el Derecho Penal que importa un interés difuso ni colectivo, porque estos últimos son privados del grupo, clase o categoría que los comparte pero -a la par- los temas medioambientales, de salud pública, de interdicción a la discriminación racial, etc., son compartidos por este campo y por los intereses supraindividuales.



IV. BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS

- _____. (1992). *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Madrid, Espasa-Calpe.
- _____. (2000). *Manual en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*. Primera Edición. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México.
- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. (2006). "Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)". En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 33. N° 1. Santiago, 7.
- ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. (1993). "A ação coletiva de responsabilidade civil no direito brasileiro". En: *XIII Jornadas de Derecho Iberoamericano procesal*, primera edición, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- BACHMAIER WINTER, Lorena. (2004). "La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español". En: OVALLE FAVELA, José (coordinador). (2004). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. (1984). "Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos". (1984). *Temas de Direito Processual*. Terceira Serie. Sao Paulo, p. 196, citado por THEODORO JÚNIOR. (2002). THEODORO JÚNIOR, Humberto. (2002). "Relatório Geral Luso-Americano". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Año I. N° 2. Buenos Aires.
- BONAUDI, Emilio. (1911). *La tutela degli interessi collettivi*. Torino.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. (1995). *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona, José María Bosch Editores SA.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio. (1993). "La tutela de los intereses colectivos o difusos". En: *XIII Jornadas de Derecho Iberoamericano procesal*. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- CAPPELLETTI, Mauro. "Las acciones para la tutela de los intereses colectivos". En: AUTOR. (1978). *Jurisprudencia italiana*, IV, 1975. Citado en: "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie. Año XI. N° 31-32. Enero-agosto 1978. México D.F., Sección de Artículos.
- CAPPELLETTI, Mauro. (1978). "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie. Año XI. N° 31-32. Enero-agosto 1978. México D.F., Sección de Artículos.
- CAPPELLETTI, Mauro. (1993). "La protección de los intereses colectivos o difusos". En: *XIII Jornadas de Derecho Iberoamericano procesal*. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

- CARRASCO DURÁN, Manuel. "Examen jurisprudencial del concepto de interés legítimo, aplicado a la defensa de los derechos fundamentales en el proceso contencioso-administrativo". En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. N° 1-2. Barcelona,
- CISNEROS FARIAS, Germán; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coordinador). (2007). *Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Primera Edición. México D.F.,
- COUTURE, Eduardo. (1993). *Vocabulario jurídico: con especial referencia al Derecho Procesal positivo vigente uruguayo*. Buenos Aires, Depalma, p. 344, citado por LANDONI SOSA, Ángel. (1984). "Los sistemas de protección al interés de los consumidores y otros intereses colectivos". En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Publicación bimestral. N° 133-134-135. Enero-junio, 1984. México, D.F.
- FERNÁNDEZ SEGADO. (1995). "La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el estado social". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie. Año XXVIII. N° 83. Sección Artículos. Mayo-agosto 1995. México.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (2001a). "Panorámica actual de la Doctrina Procesal (con especial referencia al derecho procesal mexicano)". En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 56. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (2001b). "El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo en México)". En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LI. N° 25. Agosto del 2001. Trujillo.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. (2007). "Concepto y contenido de la justicia administrativa". En: CISNEROS FARIAS, Germán; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coordinador). (2007). *Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Primera Edición. México, D.F.
- GELSI BIDART, Adolfo. (1985). "Intereses difusos y derecho procesal". En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo XXXV. N° 142-143-144. Julio-diciembre de 1985. México D.F.
- GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Aluisio. (2004). "Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogeneos no Brasil e em Portugal". En: OVALLE
- FAVELA, José (coordinador). (2004). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. (1999). *La tutela jurisdiccional en los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Pamplona, Editorial Arazandi. En: AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. (2006). "Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)". En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 33. N° 1. Santiago.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. (1997). *Mecanismos de Tutela de los intereses difusos y colectivos*. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- LANDONI SOSA, Ángel. (1984). "Los sistemas de protección al interés de los consumidores y otros intereses colectivos". En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Publicación bimestral. N° 133-134-135. Enero-junio, 1984. México, D.F.

- LANDONI. (1991). "La tutela jurisdiccional del consumidor". En: *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. N° 17. Segunda Serie: Aspectos jurídicos de la Defensa del Consumidor. Montevideo,
- MONROY GÁLVEZ, Juan P. (2010). "La tutela de los derechos comunitarios". En: MONROY GÁLVEZ, Juan P. (2010). *La formación del proceso civil peruano (escritos reunidos)*. Tercera Edición corregida y aumentada. Lima, Comunitas.
- MONTERO AROCA, Juan. (2007). *De la legitimación en el proceso civil*. Primera Edición. Barcelona, Bosch.
- MORALES GODO, Juan. (1997). "La tutela de los intereses difusos y el medio ambiente". En: FOY VALENCIA, Pierre (editor). (1997). *Derecho y Ambiente. Aproximaciones y estimaciones*. Primera Edición. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- OVALLE FAVELA, José (coordinador). (2004). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- OVALLE FAVELA, Juan. (2003). "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie. Año XXXVI. N° 107. Mayo-agosto 2003..
- PARRA QUIJANO, Jairo. (2004). "Algunas reflexiones sobre la ley 472 de 1998 conocida en Colombia con el nombre de acciones populares y acciones de grupo". En: OVALLE FAVELA, José (coordinador). (2004). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada. (1988). "Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores. (A lei brasileira n° 7,347 de 24 de julho de 1985)". En: *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*. Tomo III "Derecho Procesal". Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada. (1999). "Significato sociales, político e giuridico della tutela degli interessi diffusi". En: *Rivista di Diritto Processuale*. N° 1. Enero-febrero, 1999, citada por OVALLE FAVELA (coordinador). (2004). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. (2004). "Patrocinio de intereses difusos". En: *Revista Bibliotecal del Colegio de Abogados de Lima. Edición Bicentenario 1804-2004*. Año 1. N° 7. Octubre del 2004. Lima.
- PISCIOTTI CUBILLOS, Doménico. (2001). *Los derechos de tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección (acción popular)*. Serie Tesis de Grado 8. Primera Edición. Bogotá, Editorial Cordillera.
- PRIORI POSADA, Giovanni. (1997). "La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional". En: *Ius et veritas. Revista editada por*

estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VIII. N° 14. Junio de 1997. Lima.

- PRIORI POSADA, Giovanni. (2009). "La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso". En: AUTORES VARIOS. (2009). *Derecho Procesal Civil. Estudios*. Lima, Jurista Editores EIRL.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal. "Los procesos colectivos y de intereses difusos. Anteproyecto del código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica". En: *Revista Bibliotecal del Colegio de Abogados de Lima. Edición Bicentenario 1804 – 2004*. Año 1, N° 7. Lima.
- RAMOS LOZADA, Arnaldo. (2010). "La extensión subjetiva de la cosa juzgada en los procesos colectivos en materia de consumo. Notas para su estudio de acuerdo a la legislación peruana". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 16, N° 147. Diciembre del 2010. Lima.
- RAMOS LOZADA, Arnaldo. (2011a) "El concepto de intereses colectivos y difusos de los consumidores. Notas de acuerdo al Código de Protección y Defensa del Consumidor". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 121. Marzo del 2011. Lima.
- RAMOS LOZADA, Arnaldo. (2011b). "Los tipos de pretensiones para la defensa de intereses difusos". En: AUTORES VARIOS. (2011). *Manual del Código Procesal Civil*. Primera Edición. Lima, Gaceta Jurídica.
- SANTOFIMIO, Jaime Orlando. (2010). "Estudio introductorio: Principios del Derecho Urbanístico colombiano". En: ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (coordinador). (2010). *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Primera Edición. Lima, Palestra Editores SAC.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. (1987). "Class action. Una solución al problema de acceso a la justicia". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie. Año XX. N° 58. Enero-abril, 1987. México D.F.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. (2002). "Relatório Geral Luso-Americano". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Año I. N° 2. Buenos Aires.
- VALERA WOLFF, Alberto Osvaldo. (1993). "La tutela de los intereses colectivos (difusos)". En: *XIII Jornadas de Derecho Iberoamericano procesal*. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. (2004). "La tutela de los intereses colectivos y difusos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española". En: OVALLE FAVELA (coordinador). (2004). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*. Primera Edición. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- VÉSCOVI, Enrique. (1984). "Sistemas de protección al interés de los consumidores y otros intereses colectivos". En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Publicación bimestral. N° 133-134-135. Enero-junio, 1984. México, D.F.
- VIGORITTI, Vincenzo. (1979). *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*. Milán, Giufrè, citado por OVALLE FAVELA. (2003). "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie. Año XXXVI. N° 107. Mayo-agosto 2003.



3

TERCER CONCURSO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL 2011

El Comité Evaluador del Concurso estuvo conformado por:

En representación del Consejo Directivo de la AMAG:

Dr. Víctor Prado Saldarriaga, quien lo presidió

Dr. Pedro Chavarry Vallejos

Por el Comité Consultivo de la AMAG:

Dr. Nelson Ramírez Jiménez

Por los Juristas:

Dr. Samuel Abad Yupanqui

► La Academia de la Magistratura expresa su reconocimiento a los señores integrantes del Comité Evaluador, por su invaluable apoyo y distinguida participación que ha permitido el éxito de este Concurso.

► PRIMER PUESTO

LA APLICACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE PROCEDENCIA DEL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ¿INTERPRETACIÓN O REFORMA CONSTITUCIONAL?

Dr. EDUARDO JESÚS MEZA FLORES

135

Fiscal Provincial Civil Titular del Distrito Judicial de Arequipa desde junio de 2002; Magíster en Derecho Civil y Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, ejerce la docencia universitaria en la Escuela de Post Grado de la Universidad antes mencionada desde el año 2005; autor de artículos publicados en revistas jurídicas de circulación nacional.

INTRODUCCIÓN

La importancia que el Tribunal Constitucional peruano ha asumido en los últimos años no es fruto de la casualidad. Por un lado el avance que el Derecho Constitucional y el Procesal Constitucional ha tenido a partir del periodo de la segunda mitad del Siglo XX a nivel internacional y por otro, el reestablecimiento de la democracia en el Perú que ha centrado sus perspectivas en nuestra Constitución no sólo como una carta primordial de principios y valores sino como una norma jurídica y política de primer nivel; que ha llevado al Tribunal Constitucional a resolver casos de mucha trascendencia para nuestro país, con efectos no sólo jurídicos, sino políticos, sociales y económicos.

A ello se suma el activismo que ha tenido nuestro Tribunal Constitucional a través de sus resoluciones, debido a la importante carga procesal afrontada; a la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional y al empleo de los precedentes vinculantes –estemos o no de acuerdo con lo dispuesto en ellos-.

Sin embargo, como todo Poder del Estado u órgano constitucionalmente autónomo, al estar compuesto por seres humanos, cabe la posibilidad de ser falibles en sus interpretaciones; de no ser así serían seres absolutos. Admitiéndose de inicio tal circunstancia, ésta debe ser restringida al mínimo posible.

Es así que en el presente trabajo nos avocamos a determinar cuáles son las resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional peruano en las que interpretativamente se ha tratado de manera particular la figura procesal del Recurso de Agravio Constitucional regulado por el artículo 202, inciso 2) de nuestra Constitución Política de 1993 y que aparentemente implicarían una reforma de tal artículo; cuáles son los fundamentos en los que se ampara el Tribunal Constitucional y cuáles serían los principales efectos jurídicos que tal actuación estaría originando.

Consideramos que los objetivos propuestos nos permitirán realizar un pequeño aporte, a fin de evitar situaciones jurídicas que sobrepasen el marco constitucional y que debemos tener presente a fin de limitar las actuaciones que puedan, vía interpretación, exceder los marcos de interpretación constitucional que permitan afianzar un verdadero Estado Constitucional de Derecho.



I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

I.1. Descripción del problema

El problema planteado consiste en determinar cuáles son los supuestos y los fundamentos por los que el Tribunal Constitucional peruano estaría ampliando, a través de sus resoluciones, la causal de procedencia del Recurso de Agravio Constitucional más allá de lo determinado por el artículo 202, inciso 2) de la Constitución Política del Perú, y cuáles serían los probables efectos jurídicos que ello estaría originando.

Al efecto hemos considerado las resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional peruano a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional -diciembre de 2004- a junio de 2011, lo que determina el ámbito temporal; en tanto que el ámbito espacial sería de carácter nacional.

A partir de lo expresado podríamos plantearnos como hipótesis de trabajo la siguiente: dado que de conformidad con el artículo 202, inciso 2) de la Constitución Política del Perú de 1993, le corresponde al Tribunal Constitucional peruano conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento, es probable que el Tribunal Constitucional peruano esté ampliando a través de sus resoluciones, sentencias, jurisprudencia y precedentes vinculantes el supuesto de procedencia del Recurso de Agravio Constitucional y, en ciertos casos, esté reformando el artículo 202, inciso 2) de la Constitución Política del Perú, lo que estaría generando inseguridad jurídica y afectando el principio de separación de poderes.

El nivel de investigación es de tipo explicativo en la medida en que permitirá determinar cuáles son las resoluciones más importantes emitidas por el Tribunal Constitucional sobre la materia de estudio, si las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional están conformes o no con el artículo 202 de la Constitución y cuáles serían los fundamentos que la avalan para, finalmente, apreciar si ello estaría generando efectos jurídicos negativos. Pero, también es una investigación aplicada ya que permitirá al operador jurídico en particular y a la comunidad en general, conocer estas variaciones del Recurso de Agravio Constitucional que se encuentran dispersas entre las miles de resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional.

Las unidades de estudio están conformadas básicamente por la Constitución, leyes, reglamentos nacionales y normatividad contenida en convenios y tratados internacionales; resoluciones del Tribunal Constitucional, sentencias del Poder Judicial y

resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al efecto se emplearán instrumentos documentales como fichas bibliográficas y fichas documentales.

I.2. Justificación

La especial importancia que ha asumido en los últimos años el Tribunal Constitucional peruano a partir de las resoluciones en las que ha resuelto conflictos constitucionales de importancia y la trascendencia de sus decisiones, han originado una nueva percepción por la comunidad de este órgano jurisdiccional de constitucionalidad.

El activismo del Tribunal se ha manifestado principalmente a través de sus precedentes vinculantes que –compartamos o no los criterios en ellos establecidos- han contribuido a armonizar las decisiones de las dos primeras instancias de la justicia constitucional en nuestro país, en cuanto a los procesos constitucionales de la libertad en particular.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el Tribunal si bien es cierto es el máximo intérprete de la Constitución –por tanto no el único-, también lo es que está integrado por seres humanos falibles, por ende sus interpretaciones no necesariamente tienen que ser siempre las correctas.

De allí que el problema de investigación planteado tiene relevancia científica ya que busca determinar cuáles son las resoluciones del Tribunal Constitucional peruano en las que éste se ha referido a los presupuestos de procedencia del Recurso de Agravio Constitucional a fin de establecer si ha observado lo prescrito por el artículo 202, inciso 2) de la Constitución en su aplicación práctica, cuáles han sido los fundamentos que le sirven de sustento y las consecuencias que implica en el ordenamiento jurídico nacional; lo que aportaría un nuevo conocimiento para establecer algún tipo de solución que permita evitar excesos.

Por otro lado, presenta relevancia humana en la medida en que permitirá conocer la actuación del Tribunal Constitucional en esta materia en particular y apreciar si el “guardián” de la Constitución actúa con la fidelidad que la Carta Magna le exige; permitiendo, además que la comunidad en general pueda determinar si es posible la existencia de poderes o de órganos constitucionalmente autónomos omnipotentes y, de ser el caso, la necesidad de establecer limitaciones expresas.

Igualmente, dado que es un problema actual y de especial importancia en el ámbito jurídico y social, permitirá fortalecer el sistema de administración de justicia



contribuyendo a cimentar el Estado Constitucional de Derecho, de allí su relevancia contemporánea.

I.3. Objetivos

Los objetivos que nos hemos propuesto a través de esta investigación son los siguientes:

- Identificar las resoluciones, sentencias, jurisprudencia o precedentes vinculantes en las que el Tribunal Constitucional peruano habría establecido nuevas causales de procedencia del Recurso de Agravio Constitucional.
- Precisar los supuestos contenidos en las resoluciones, sentencias, jurisprudencia o precedentes vinculantes, por los que el Tribunal Constitucional peruano habría ampliado la causal de procedencia del Recurso de Agravio Constitucional.
- Establecer los fundamentos por los que el Tribunal Constitucional peruano habría ampliado la causal de procedencia del Recurso de Agravio Constitucional.
- Determinar si estos supuestos implican una ampliación de la causal de procedencia del Recurso de Agravio Constitucional regulado por el artículo 202, inciso 2) de la Constitución Política del Perú.
- Establecer los probables efectos jurídicos de la ampliación de la causal de procedencia del Recurso de Agravio Constitucional.

II. ALGUNOS ALCANCES SOBRE EL DEBIDO PROCESO

II.1. Tutela jurisdiccional y debido proceso

Debemos iniciar mencionando la importancia que asume el derecho a la tutela jurisdiccional como un derecho inherente a la persona, que le faculta a requerir del Estado la tangibilización de la función jurisdiccional que le corresponde para garantizar la vigencia efectiva de sus derechos.

Tal derecho, omnicompreensivo en su contenido nacido en Europa continental, no sólo debe ser garantizado durante su ejercicio efectivo cuando se esté “dentro” del proceso, sino que de inicio protege el acceso de la persona a hacer uso del servicio de administración de justicia por lo que es exigible al Estado el establecer previamente los

requisitos y presupuestos necesarios, debiendo determinarse un debido proceso que contenga los aspectos indispensables que posibiliten la real defensa de los derechos que permitan una solución final a la incertidumbre o al conflicto jurídico en justicia, lo que a su vez tendrá una trascendencia no sólo concretizada en el caso resuelto, sino que también concurrirá a fortalecer –o debilitar- el propio sistema de justicia en su integridad y, por ende, al Estado Constitucional de Derecho.

Debido a ello desempeña un papel importante que los derechos tengan como correlato su defensa a través de garantías procesales que los efectivicen en la práctica ante su transgresión o amenaza cierta e inminente; tales garantías no son otras que aquellos mecanismos de orden procesal destinados a defender el ejercicio de los derechos.

Es así que el proceso desempeñó y desempeña un rol importante para la civilización, permitiéndonos dejar atrás la autodefensa o acción directa¹⁹⁹. Respecto al objeto del proceso, como medio de debate para la heterocomposición de la partes, resulta siendo el obtener una decisión razonada y razonable de la autoridad jurisdiccional basada en derecho que solucione el litigio o la incertidumbre jurídica, surtiendo efectos internos y externos, concretizándose en una norma específica para una caso determinado que resulta siendo coercible.

En este sentido, el debido proceso –concebido expresamente por primera vez en la Constitución Federal de Estados Unidos como el debido proceso legal o “Due Process of Law”- es el derecho inherente de toda persona que exige por el Estado un juzgamiento imparcial y justo ante un juez natural, donde las partes intervinientes se hallan en un plano de igualdad bajo una margen de garantías mínimas indispensables en el que la sentencia basada en derecho soluciona jurídica y razonablemente un conflicto o una incertidumbre jurídica de manera firme, definitiva y coercible.

Pero, debe subrayarse que el derecho al debido proceso contiene a su vez una serie de derechos fundamentales que brindan una garantía mínima al proceso, siendo que la

¹⁹⁹ Debe recordarse que dicho término proviene de “*procederé*” y de “*processus*” que significan un conjunto de actos coordinados para el logro de una finalidad, como señala Carnelutti; o aquel instrumento por medio del cual los magistrados realizan la función jurisdiccional que la Constitución les confiere. En consecuencia, la función que el proceso cumple tiene dos aristas: como función privada, es un medio que posee la persona que se halla en conflicto para conseguir una solución con la intervención final del Estado, luego de agotar los mecanismos para solucionarlos sin la intervención de aquél; y como función pública, sustentada en la certeza que brinda el Estado a todos los habitantes compensando la prohibición que se impone a éstos del empleo de la fuerza ilegítima. Con esta finalidad el Estado ha creado al Poder Judicial.



doctrina identifica entre tales derechos contenidos en el debido proceso en función a su dimensión formal o adjetiva al derecho al juez natural, al procedimiento preestablecido por ley, el derecho a probar, el derecho a impugnar las decisiones, etc. (conformidad procesal); y en su dimensión sustantiva, la razonabilidad y la proporcionalidad de las decisiones jurisdiccionales, es decir, que todas las normas –en su más amplio sentido– deben ser no sólo razonables sino que deben observar los derechos, principios y valores contenidos en la Constitución, proscribiendo su ejercicio arbitrario.

En los tiempos actuales, el debido proceso exige ser apreciado indispensablemente como un derecho humano y como una garantía inherente del Estado Constitucional de Derecho, preexistente al ejercicio de la acción; siendo un concepto continente que, debido a la dinámica del propio proceso, debe ser redimensionado continuamente. Desde esta perspectiva, el debido proceso presenta, como ya se dijo, una dimensión formal y una dimensión sustantiva.

En atención a lo expuesto, podrá observarse que tutela jurisdiccional y debido proceso no son sinónimos, siendo que el debido proceso –como ámbito subjetivo y particular– está contenido dentro de la tutela jurisdiccional apreciada como marco objetivo; y a su vez, el debido proceso como derecho resulta siendo un concepto continente, es decir, comprende una serie de derechos fundamentales que brindan a las personas una garantía mínima para el reconocimiento y defensa de sus derechos dentro de un proceso jurisdiccional –por extensión, dentro de otros procesos no necesariamente jurisdiccionales, como en el administrativo, por ejemplo–.

En este ámbito un sector de la doctrina considera más apropiado el referirnos a la tutela procesal efectiva antes que a la tutela jurisdiccional efectiva ya que debe comprenderse extensivamente a todos aquellos órganos que resuelven conflictos de manera definitiva y aún a aquellos que están fuera del ámbito jurisdiccional; siendo que incluso en nuestra normatividad nacional se menciona expresamente ambos términos. Así en el artículo 139, inciso 3) de la Constitución se hace referencia a la tutela jurisdiccional y en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, a la tutela procesal efectiva, como se verá posteriormente.

II.2. La tutela jurisdiccional y el debido proceso en la normatividad

En el ámbito internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere al debido proceso legal en sus diversos artículos. Así, en el artículo 1, inciso 1)²⁰⁰ hace alusión al derecho y principio de no discriminación; en el artículo 24²⁰¹, al derecho de toda persona a la igualdad ante la ley; en el artículo 8, inciso 1)²⁰², al derecho de acceso a la jurisdicción, al derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial y al derecho al plazo razonable de duración de un proceso; en el artículo 8, inciso 2)²⁰³, a la presunción de inocencia y al derecho de defensa; en el artículo 8, inciso 2), acápite h), al derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior; en el artículo 8, inciso 4)²⁰⁴,

²⁰⁰ "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

²⁰¹ "Artículo 24. Igualdad ante la Ley Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

²⁰² "Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

²⁰³ "Artículo 8. Garantías Judiciales

(...)

² Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

²⁰⁴ "Artículo 8. Garantías Judiciales

(...)

⁴ El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".



a la prohibición de doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos; en el artículo 8, inciso 5)²⁰⁵, a la publicidad del proceso.

También tratan sobre el debido proceso la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en los artículos II, XVIII, XIV a XXVI; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 8 al 11 y 14 al 15; la Declaración Universal de los Derechos Humanos en los artículos 1, y 7 al 11, entre otros documentos internacionales.

En el ordenamiento nacional, la Constitución Política del Perú de 1993 se refiere a la tutela jurisdiccional y al debido proceso legal como principios y derechos de la Administración de Justicia. Así en su artículo 139, inciso 3) expresa que es un principio y derecho de la función jurisdiccional “la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.// Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”²⁰⁶.

Sin embargo ha de apreciarse, como ya se mencionó anteriormente, que la tutela jurisdiccional y el debido proceso legal no son sinónimos, siendo que de una interpretación restrictiva pudiera parecer que la tutela a que se refiere el mencionado artículo es únicamente la jurisdiccional y que, consecuentemente, sólo el debido proceso se daría dentro de ella. Sin embargo, una interpretación sistemática a partir de los derechos implícitos reconocidos en el artículo 3 de la Constitución de 1993 nos lleva a considerar que el debido proceso no se restringe únicamente a los procesos jurisdiccionales o judiciales y que la concepción del debido proceso –a partir de su consideración por la Constitución Federal y Tribunales de Estados Unidos de Norteamérica, donde habría tenido su nacimiento como texto expreso constitucional en la Quinta Enmienda cuando se señala que “a ninguna persona se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el

debido proceso legal”- no se restringe sólo al orden jurisdiccional, pudiendo y debiendo aplicarse a otros procesos como el administrativo. Tal concepción, ha sido considerada por tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte y por el propio Tribunal Constitucional peruano.

Por otro lado, el artículo 4 del Código Procesal Constitucional en su tercer párrafo nos señala qué debemos entender normativamente por tutela procesal efectiva, siendo que en este caso no se refiere a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que se enmarcaría en una concepción más específica en relación al debido proceso al que algunos denominan también como “proceso regular”:

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

Los derechos mencionados en el indicado tercer párrafo del artículo 4 del Código Procesal Constitucional no constituyen una enumeración cerrada, sino una enunciativa; consecuentemente, es muy probable que debido a la dinámica se incorporen con el transcurrir del tiempo nuevos derechos en atención a su importancia y relación con la trascendencia que ha asumido el derecho al debido proceso legal como derecho fundamental de la persona.

II.3. El Debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la del Tribunal Constitucional Peruano

Tanto la tutela jurisdiccional efectiva como el debido proceso legal han sido considerados en la jurisprudencia internacional, siendo también apreciados por el Tribunal Constitucional peruano.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 29 de enero de 1997 recaída en el caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, en su párrafo 74 considera expresamente

²⁰⁵ “Artículo 8. Garantías Judiciales

(...)

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

²⁰⁶ Concuerda con ello el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil el que se refiere también a la tutela procesal efectiva y al debido proceso expresando que “toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.



el derecho al debido proceso legal como parte de las garantías procesales contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰⁷.

En tanto que en la Opinión Consultiva OC-16/99 del 01 de octubre de 1999 la Corte Interamericana señala que el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho al debido proceso legal como consecuencia de la dignidad inherente a la persona humana, y en su párrafo 117 se refiere a las condiciones indispensables para que exista un debido proceso legal²⁰⁸. En los párrafos 118 y 119 considera que para la existencia de auténticas garantías judiciales, éstas deben servir para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho; siendo condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Al efecto, se deben resolver los factores de desigualdad y discriminación, debiendo adoptarse medidas para compensar las desigualdades y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa de los intereses.

Igualmente la Corte ha manifestado la obligación de los Estados parte de proporcionar recursos judiciales efectivos de acuerdo con el debido proceso legal²⁰⁹; siendo que el debido proceso legal debe ser observado y respetado por toda autoridad pública que

²⁰⁷ "74. El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado 'debido proceso legal' o 'derecho de defensa procesal', que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera".

²⁰⁸ "117. En opinión de esta Corte, para que exista 'debido proceso legal' es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional".

²⁰⁹ "195. La Corte ha sostenido que, según la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)". Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia, Sentencia de 15 septiembre de 2005.

ejerza funciones materialmente jurisdiccionales de nivel administrativo, legislativo o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones para las personas²¹⁰. Discusión aparte amerita el caso de si el debido proceso legal es o no aplicable a los actos de administración, quedando claro que sí lo es respecto a los actos administrativos, al procedimiento administrativo sancionatorio y al procedimiento administrativo disciplinario.

El Tribunal Constitucional peruano ha considerado a través de reiterada jurisprudencia que el derecho a la tutela jurisdiccional resulta ser un derecho que engloba a otros dos derechos fundamentales como son el acceso a la justicia y el debido proceso; siendo que a su vez, el derecho al debido proceso resulta ser también un derecho continente ya que comprende una pléyade de derechos fundamentales de naturaleza procesal, que cuentan con contenidos propios que son protegidos constitucionalmente.

A partir de tales apreciaciones, el Tribunal sostiene que el derecho a la tutela jurisdiccional no posee un ámbito constitucionalmente garantizado autónomamente, siendo que su transgresión se origina a partir de la vulneración de cualquiera de los derechos que lo comprenden –debemos entender, el acceso a la justicia y/o el debido proceso-²¹¹. En el mismo sentido, el debido proceso tampoco detenta un ámbito constitucionalmente garantizado autónomamente, por lo que su afectación sólo se produce cuando se vulnera cualquiera de los derechos que comprende; de allí que al pronunciarse sobre el fondo en

²¹⁰ "69. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, 'sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.// 70. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.// 71. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana". (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de 31 de enero del 2001 - Fondo, Reparaciones y Costas-).

²¹¹ Exp. N° 8115-2005-PA/TC LIMA - Silvio Juan Luna Espinoza, Sentencia del 10 de abril del 2007; Exp. N° 05871-2005-PA/TC LIMA - Asunta Quispe de Turpo, sentencia del 27 de enero del 2006.



cuanto a la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional, se debe verificar la afectación al derecho al debido proceso, que implica necesariamente el pronunciarse sobre la afectación de uno o algunos de los derechos que este último comprende, no bastando entonces la sola alegación que se ha afectado la tutela jurisdiccional o el debido proceso²¹².

Entre los derechos que el Tribunal Constitucional considera como comprendidos dentro del derecho al debido proceso, se encuentran el derecho al juez natural, el derecho de doble instancia, el derecho a la cosa juzgada²¹³, el derecho de defensa²¹⁴,

el derecho a la prueba²¹⁵ y la motivación de resoluciones judiciales²¹⁶, procedimiento preestablecido por ley.

Igualmente, ha considerado que el derecho fundamental al debido proceso comprende tanto garantías formales como garantías sustanciales. Las garantías formales resultan siendo los principios y las reglas relacionadas a las formalidades establecidas –como por ejemplo el juez natural, cosa juzgada, procedimiento preestablecido–; en tanto que

²¹⁵ Respecto al derecho a la prueba, éstas deben ser valoradas y motivadas debidamente: “Con relación al derecho a la prueba, debe recordarse que en la STC 6712-2005-HC/TC se precisó que uno de los contenidos de este derecho se encuentra constituido por el hecho de que las pruebas admitidas y actuadas dentro del proceso o procedimiento sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida”. (Exp. N° 03736-2010-PA/TC LIMA -César Augusto Elías García, sentencia del 15 de julio del 2011). Igualmente ha manifestado que en observancia al debido proceso la Corte Suprema está prohibida –al conocer del recurso de casación– de valorar nuevamente las pruebas aportadas, admitidas y actuadas en primer y/o en segundo grado: “6. Con relación al derecho al debido proceso, debe recordarse que en la STC 2039-2007-PA/TC se destacó que ‘en el recurso de casación no se pueden valorar nuevamente las pruebas aportadas, admitidas y actuadas en primer y/o en segundo grado, pues su configuración normativa establece que tal recurso tiene por finalidad la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto’, ya que de suceder ello se afectaría el derecho en mención.// En el presente caso, la Sala Suprema emplazada modificó los hechos que habían sido considerados probados en segunda instancia y sobre los cuales se había efectuado una adecuada y correcta valoración, porque concluyó, en el noveno considerando transcrito de la casación cuestionada, que el demandante se encontraba sujeto al régimen laboral de construcción civil. Dicha conclusión, a decir de la Sala Suprema emplazada, se desprende de la sentencia de segundo grado, lo cual no se condice con el sentido de sus considerandos, pues, por el contrario, en ella los hechos fijados, calificados e interpretados generan la conclusión de que el demandante era un trabajador del régimen laboral privado.// Por esta razón, este Tribunal considera que la casación cuestionada ha vulnerado el derecho al debido proceso del demandante, en la medida que modificó la valoración de los hechos probados por la sentencia de segundo grado, consistente en que el demandante no era un trabajador del régimen laboral de construcción civil, sino del régimen laboral privado”. (Exp. N° 03736-2010-PA/TC LIMA - César Augusto Elías García, Sentencia del 15 de julio del 2011).

²¹⁶ En cuanto a la motivación de resoluciones judiciales, ésta permite el ejercicio efectivo del derecho de defensa, siendo suficiente si existe fundamentación jurídica congruente entre lo pedido y lo resuelto, justificando la decisión adoptada por sí, independientemente de su extensión: “4. Respecto a la vulneración del derecho a la motivación de resoluciones judiciales, este Tribunal ha señalado que la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y al mismo tiempo, es un derecho constitucional de los justiciables. Mediante la motivación, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45 y 138 de la Constitución Política del Perú) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. Justamente, con relación al derecho a la debida motivación de las resoluciones, este Tribunal ha precisado que ‘la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica congruente entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión [...]’ (STC N° 1291-2000-AA/TC, fundamento 2)”. (Exp. N° 01428-2011-PHC/TC LA LIBERTAD - Luis Enrique Cruzado Mostacero a favor de Raúl Zenit Baltodano Escobedo, Sentencia del 30 de junio del 2011).

²¹² “4. De igual manera, el Tribunal ha establecido en reiterada jurisprudencia que ‘(...) el derecho al debido proceso comprende una serie de derechos fundamentales de orden procesal, cada uno de los cuales cuenta con un contenido constitucionalmente protegido que le es propio[...] es necesario precisar que en la medida en que el derecho al debido proceso no tiene un ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce a consecuencia de la afectación de cualesquiera de los derechos que lo comprenden[...]’ (Cf. STC N° 05194-2005-PA/TC).// 5. Por tanto, el Tribunal es de la opinión que, en la medida que el derecho a la tutela jurisdiccional no tiene un ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, como tampoco la tiene el derecho al Debido Proceso, sino que su lesión se produce como consecuencia de la afectación de cualesquiera de los derechos que lo comprenden, dentro del cual se encuentra el derecho de defensa, un pronunciamiento sobre el fondo en relación a aquel derecho presupone, a su vez, uno en torno al derecho reconocido en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución.// 6. De modo que la determinación de si el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho al debido proceso resultaron lesionados(o no) en el presente caso, habrá de reservarse para el momento en que nos pronunciemos sobre el derecho de defensa, el cual alude ‘(...) a la defensa de un derecho o interés legítimo frente a la expectativa de una decisión estatal sobre él, sea porque se pretende algo o porque, al contrario, nos oponemos a esa pretensión, requiriendo que ella no prospere’. (SAN MARTÍN CASTRO, César. (2003). Derecho Procesal Penal. Lima, Grijley, p. 119). Dicha facultad no sería posible ejercitarla si, desde el inicio del proceso, no pudiéramos usar el idioma propio o expresarnos por intermedio de un intérprete”. (Exp. N° 04719-2007-PHC/TC CALLAO - Shaid Hussein Bi; sentencia del 03 de octubre del 2007).

²¹³ El derecho a la cosa juzgada se halla comprendido dentro del derecho al debido proceso siendo considerado por el artículo 139, inciso 2) de la Constitución Política del Perú de 1993. En la STC N° 4587-2004-AA/TC el Tribunal Constitucional se refiere a la cosa juzgada y expresa lo siguiente: “(...) mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó [fundamento jurídico 38]”.

²¹⁴ Sobre el derecho de defensa el Tribunal Constitucional expresa que éste forma parte del derecho al debido proceso: “Uno de los derechos que conforma el derecho al debido proceso es, sin duda, el de defensa.// Por tanto, este Tribunal es de la opinión que, en la medida que el derecho a la tutela jurisdiccional no tiene un ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce como consecuencia de la afectación de cualesquiera de los derechos que lo comprenden, dentro del cual se encuentra el derecho de defensa, un pronunciamiento sobre el fondo en relación a aquel derecho (y, mutatis mutandis, sobre el debido proceso) presupone, a su vez, uno en torno al derecho reconocido en el inciso 14) del artículo 139 de la Constitución”. (Exp. N° 05871-2005-PA/TC LIMA - Asunta Quispe de Turpo, Sentencia del 27 de enero del 2006).



las garantías sustanciales se refieren a la razonabilidad y la proporcionalidad de las decisiones judiciales²¹⁷.

Cabe resaltar que el Tribunal considera que mientras la tutela judicial efectiva protege tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia y la eficacia de la sentencia; el debido proceso implica la preservación de los derechos fundamentales, principios y reglas esenciales dentro del proceso al ser un mecanismo de tutela de derechos subjetivos. A ello agrega que únicamente si se afecta el contenido esencial de alguno de los derechos antes mencionados nos hallaremos ante un proceso inconstitucional y, por ende, será procedente recurrir a un proceso constitucional, no estando comprendida dentro de tal afectación las anomalías o simples irregularidades procesales no esenciales o adicionales las que resultan contrarias a la ley y no a la Constitución²¹⁸.

En concordancia con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional ha señalado a través de su jurisprudencia que el debido proceso no sólo es exigible en los procesos judiciales, sino que se expande respecto a órganos públicos y privados que realizan funciones jurisdiccionales formales o materiales en los que se diluciden derechos o intereses de personas. Pero tal expansión no puede realizarse de manera simplista a todos los procesos, por cuanto ciertos derechos que corresponden al debido proceso judicial no pueden ser trasladados a otros procesos (como a los seguidos ante personas jurídicas de derecho privado; e incluso de un proceso civil a un proceso penal como el uso de la analogía)²¹⁹.

²¹⁷ "5. El derecho fundamental al debido proceso es un derecho continente puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto se ha afirmado que: '(...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en su conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección que de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos.' (STC N° 7289-2005-PA/TC, fojas 5). Este tribunal también ha señalado que el derecho al debido proceso en su faz sustantiva 'se relaciona con todos los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión debe tener' (STC N° 9727-2005-HC/TC, fojas 7)". (Exp. N° 00686-2007-PA/TC LIMA - María Linda Aguirre Ibáñez, Sentencia del 07 de mayo del 2009).

²¹⁸ "9. Por ello, una cuestión de mera legalidad que, en principio es de exclusiva competencia del juez ordinario, deja de ser tal y se convierte en una cuestión constitucionalmente relevante y, por ende, de competencia del Tribunal Constitucional, cuando de por medio está la tutela de los derechos fundamentales. En otras palabras, desde el momento que en las cuestiones de legalidad se transgreden derechos fundamentales, el Tribunal no solo puede sino que debe, legítimamente, pronunciarse a fin conseguir una tutela efectiva de dichos derechos". (Exp. N° 09727-2005-PHC/TC LIMA - Ridberth Marcelino Ramírez Miranda y otro, sentencia del 06 de octubre del 2006).

²¹⁹ Exp. N° 07289-2005-PA/TC LIMA - Princeton Dover Corporation Sucursal Lima-Perú, sentencia del 03 de mayo del 2006; Exp. N° 06149-2006-PA/TC LIMA - Minera Sulliden Shahuindo SAC. y Compañía de Exploraciones Algamarc SA., sentencia del 11 de diciembre del 2006.

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha remarcado que el derecho al debido proceso consagrado expresamente en la Constitución también debe ser cautelado en los procesos administrativos, considerado concordantemente en el artículo IV numeral 1.2. del T.P. de la Ley N° 27444²²⁰. Así tenemos como ejemplo, la motivación de las resoluciones administrativas por parte de las universidades²²¹.

II.4. La pluralidad de instancias y el debido proceso

En atención a lo expuesto anteriormente, se considera mayoritariamente en nuestro país –a partir del texto Constitucional como veremos– que dentro del debido proceso se halla comprendido el derecho a la pluralidad de instancias, siendo en todo caso este último un derecho de configuración legal en la medida en que será el legislador el que determine expresamente cuantas son las instancias que conforman tal pluralidad en el ámbito jurisdiccional, pudiendo ser dos ó más. A ello cabe agregar que corresponderá a la parte en el proceso, como derecho subjetivo, el determinar si recurrirá a la resolución de primera instancia, no siendo una obligación legal sino un derecho que puede o no ser ejercido dentro de los parámetros legalmente determinados.

La revisión por una instancia superior obedece a la posibilidad que la decisión del grado inferior haya incurrido en algún error en los hechos y/o en la aplicación del derecho al caso concreto; sin embargo, nada garantiza que la revisión en última instancia sea la "correcta" o la "más justa" ya que ello nos llevaría al ilusorio camino de considerar que a más instancias, mejor justicia.

²²⁰ Exp. N° 07659-2006-PA/TC LIMA - Industrias W.V. Valentes EIRL., sentencia del 24 de septiembre del 2007.

²²¹ "La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional.// El tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional.// Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de Derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa. // En esa medida, este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley N° 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo". (Exp. N° 00091-2005-AA/TC ICA - Yeny Zoraida Huaroto Palomino y otra, sentencia del 18 de febrero del 2005).



Debe apuntarse que “pluralidad de instancia” (más de una instancia) y “doble instancia” (sólo dos instancias, siendo que se puede recurrir ante una segunda instancia respecto a lo resuelto jurisdiccionalmente en la primera ante un superior en grado²²²) no son sinónimos, mas por el contrario son modelos diferentes como sostiene la doctrina; y la pluralidad de instancias encuentra sustento material a partir de una organización jerarquizada del Poder Judicial.

Igualmente, debe mencionarse que tampoco son iguales la “doble instancia” (originada durante la Revolución Francesa) y la “doble decisión conforme” (de origen canónico²²³), ya que esta última se basa en la pluralidad de instancias, pero de obtenerse dos decisiones conformes –iguales– consecutivas, ya no podrá recurrirse a una posterior instancia, produciéndose la cosa juzgada. Cabe indicar que para un sector de la doctrina la instancia termina con la expedición de la sentencia y de apelarse, la segunda instancia culmina con la sentencia que se expide en esta instancia²²⁴, por ende no todas las resoluciones son impugnables. A ello debe sumarse que la normatividad debe establecer los requisitos y el plazo para la interposición del recurso, debiendo ser los requisitos y presupuestos para su otorgamiento los mínimamente exigibles ya que, de lo contrario, la obstaculización para el ejercicio de los recursos implicaría una afectación a este derecho.

²²² “La sentencia expedida en un proceso debe ser reexaminada, a petición de parte, por el órgano jurisdiccional superior, a fin de que éste, determine si se ha incurrido en error ‘in iudicando’ o error ‘in procedendo’, con infracción de la norma constitucional en particular; al efecto el legislador debe normar los medios impugnatorios idóneos para posibilitar la doble instancia y este control constitucional del proceso”. TICONA POSTIGO, Víctor. (año). *Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I. Lima, Ed. San Marcos, pp. 27-28.

²²³ El Código de Derecho Canónico (Iglesia Católica Romana) en el Canon 1641 al referirse a cosa juzgada considera el caso de la doble decisión conforme o doble conforme: “Canon 1641.// Quedando a salvo lo que prescribe el 1643, se produce la cosa juzgada:// 1. Si hay dos sentencias conformes entre los mismos litigantes, sobre la misma petición hecha por los mismos motivos;// 2. Si no se hubiera interpuesto apelación contra la sentencia dentro del plazo útil;// 3. Si, en grado de apelación, hubiera caducado la instancia o se hubiera renunciado a ella; 4. Si se dictó sentencia definitiva, contra la cual no cabe apelación, de acuerdo con el canon 1629”. En: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/cdc.l7p2s1t9.html#c1

²²⁴ Para Couture procesalmente instancia significa cada etapa o grado que detenta el proceso, desde el inicio del juicio hasta la primera sentencia definitiva, así como desde la interposición de la apelación hasta la sentencia que se dicte: “...instancia es la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva; o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte. Se habla, entonces, de sentencia de primera o de segunda instancia de jueces de primera o de segunda instancia; de pruebas de primera o de segunda instancia.// El proceso se desenvuelve, pues, en instancias o grados. Este desenvolvimiento así ordenado, se apoya en el principio de preclusión. Una instancia sucede a la otra o precede a la otra; y no es concebible una segunda instancia sin haberse agotado los trámites de la primera”. COUTURE, Eduardo J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, pp. 169-170.

A nivel normativo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho al debido proceso legal considerando dentro de éste el de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior en su artículo 8, inciso 2), acápite h). En el Perú la Constitución Política de 1993, en su artículo 139, inciso 6) determina como principio y derecho de la función jurisdiccional la “pluralidad de instancias”, mas no señala cuántas son las instancias o grados en el ámbito jurisdiccional; sin embargo debe entenderse que al referirse a pluralidad –que según la Real Academia Española “pluralidad” significa “cualidad de ser más de uno”²²⁵–, lo mínimo asegurado constitucionalmente serían dos instancias en la vía jurisdiccional, las que agotadas produciría cosa juzgada.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, para el Tribunal Constitucional el derecho de pluralidad de instancias es un derecho fundamental de configuración legal que presenta como objeto el garantizar que toda persona comprendida en un proceso judicial pueda recurrir de lo resuelto por un órgano jurisdiccional ante el superior en grado de igual naturaleza cuando se hayan utilizado los recursos respectivos en el plazo de ley. Pero este derecho no significa que se pueda recurrir en todas las resoluciones expedidas en el proceso, siendo que el legislador es quien deberá señalar los casos adicionales que serán impugnables, además de la resolución que finaliza la instancia²²⁶. A ello debe agregarse que el derecho de acceder a los recursos resulta siendo, a entender del Tribunal, un contenido implícito de un derecho expreso, conformante del derecho al debido proceso, derivado de la pluralidad de instancias.

Al ser un derecho de configuración legal será el legislador el que determine su creación, requisitos para su admisión y el establecimiento de su cauce procedimental, no debiendo imponerse condiciones que desalienten, entorpezcan o impidan su ejercicio irrazonable o desproporcionadamente, por ende, se debe garantizar su contenido constitucionalmente protegido²²⁷. En estos casos, la interpretación de la ley creada por el legislador para el efecto deberá ser interpretada por el juez ordinario, siendo que el juez constitucional sólo podrá intervenir para tutelar el derecho fundamental de configuración legal cuando sea indispensable interpretarlo conforme a la Constitución²²⁸.

²²⁵ En: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=plural

²²⁶ Exp. N° 01243-2008-PHC/TC CALLAO - Luis Bastidas Villanes, sentencia del 01 de septiembre del 2008.

²²⁷ Exp. N° 5149-2005-PA/TC LIMA - Pesquera Diamante SA., sentencia del 14 de marzo del 2007.

²²⁸ STC N° 8329-2005-HC/TC.



En cuanto al número de instancias, el Tribunal considera que ello corresponde ser establecido por el legislador, por ende resulta siendo un derecho de configuración legal²²⁹ que en el ámbito jurisdiccional implica como mínimo la existencia de dos instancias, debiendo tenerse presente la naturaleza del proceso²³⁰.

Igualmente, para el Tribunal el derecho a la pluralidad de instancias es una garantía consustancial del derecho al debido proceso jurisdiccional, no siendo necesariamente aplicable al proceso administrativo, por cuanto tal exigencia es propia de los procesos jurisdiccionales ocasionando que el pronunciamiento de última instancia legalmente determinada adquiera la inmutabilidad de la cosa juzgada, no encontrándose en igual circunstancia el pronunciamiento de los órganos administrativos ya que éstos son impugnables en la vía jurisdiccional a través del proceso contencioso administrativo.

“En ese sentido, este Tribunal debe recordar que la garantía que ofrece todo Estado de derecho no es que las reclamaciones entre particulares y el Estado o sus órganos sean resueltas en sede administrativa, sino, precisamente, ante un tercero imparcial previamente predeterminado por la ley. De manera que el no establecimiento o la inexistencia de una autoridad administrativa superior a la

que expide previamente un acto dado, no constituye violación del derecho a la pluralidad de instancias”²³¹.

Como se observará existen ciertas coincidencias entre la doctrina sobre la materia y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero también existen serias discrepancias. Así, por ejemplo, para la doctrina, la instancia culmina con la expedición de la “sentencia” mas no con un “auto” por cuanto tal resolución no pone fin al proceso sino que su efecto es el de frustrar su desarrollo; en tanto que para el Tribunal Constitucional el “auto” sí puede finalizar la instancia. Debe mencionarse que si bien las sentencias son impugnables –hasta el límite de instancias determinadas por ley–, ello no impide que otro tipo de resoluciones también lo sean, pero ello deberá ser establecido expresamente por el legislador.

III. EL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

III.1. El recurso de agravio y su contenido a nivel constitucional

De acuerdo con el artículo 202 de la Constitución Política del Perú de 1993, tres son las funciones esenciales que corresponden al Tribunal Constitucional: conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad; conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento; y conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

El artículo 5 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC), de conformidad con el texto constitucional, expresa que corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad; 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento; 3. Conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a Ley; y 4. Resolver las quejas por denegatoria del recurso de agravio constitucional. Aún cuando el Tribunal en el artículo 28 de su indicado Reglamento Normativo considera

²²⁹ “Así mismo, tenemos dicho que el problema relativo a cuáles y cuántas deben ser esas instancias jurisdiccionales no ha sido precisado por la disposición constitucional que reconoce tal derecho por lo que, en base a las exigencias que se derivan del principio de legalidad en la regulación de los derechos fundamentales, artículo 2, inciso 24), ordinal “a”, de la Ley Fundamental, el laconismo constitucional de su formulación lingüística debe entenderse en el sentido de que su determinación es una tarea que compete al legislador. En tal sentido, hemos sostenido que el derecho a la pluralidad de instancias es un derecho de configuración legal. Sin embargo, al mismo tiempo, hemos advertido que la condición de derecho de configuración legal no quiere decir que el legislador pueda decidir si prevé (o no) tales instancias. Dado que el inciso 6) del artículo 139 no precisa cuántas deben ser esas instancias, pero sí que debe establecerse una instancia plural, el contenido constitucionalmente garantizado demanda que el legislador prevea, como mínimo, la doble instancia. Sin duda, el número de instancias jurisdiccionales que el legislador contempla, puede variar teniendo en cuenta la naturaleza de las materias que se discuten en cada proceso. Así, por ejemplo, en función de que se trate de un proceso civil, penal, administrativo o constitucional”. (Exp. N° 03261-2005-AA/TC LIMA - Compañía de Radiodifusión Arequipa SAC., Resolución del 08 de julio del 2005).

²³⁰ “El derecho a la pluralidad de instancias constituye una garantía consustancial del derecho al debido proceso, reconocida expresamente en el artículo 139, inciso 6), de la Constitución. Garantiza que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior, y de esta manera se permita que lo resuelto por aquél, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional [Cfr. STC Exp. N° 0023-2003-AI/TC]. De allí que este derecho, dada la vital importancia que presenta para los justiciables (en la medida que permite que puedan ejercer su defensa de manera plena), se erige como un elemento basilar en el ejercicio de la administración de justicia”. Exp. N° 04617-2007-HC/TC AREQUIPA - Clímaco Menacho Agüero, sentencia del 02 de octubre del 2007.

²³¹ Exp. N° 0881-2003-AA/TC LIMA - César Lama Consultores Asociados SRL., sentencia del 14 de enero del 2004.



competencias específicas²³², además de las señaladas en el artículo 202 de la Constitución, debe entenderse que las mismas han de estar sujetas a la Constitución y normas de mayor jerarquía.

A la función del Tribunal de conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento, el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) ha denominado en su artículo 18 como "Recurso de Agravio Constitucional". Como podrá observarse se encuentra legitimado para interponer tal recurso –siempre que se trate de los procesos constitucionales de la libertad- el demandante que ha obtenido sentencia desfavorable a su pretensión en segunda instancia, ya sea infundada o improcedente. Al respecto debe indicarse que los procesos constitucionales de la libertad son conocidos en segunda instancia por las Salas correspondientes de las Cortes Superiores.

En concordancia con lo expresado por la Constitución, el artículo 18 del Código Procesal Constitucional señala que "contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de

notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad".

En caso de denegarse el Recurso de Agravio Constitucional puede interponerse el Recurso de Queja en contra de tal resolución ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la denegatoria.

"Al escrito que contiene el recurso y su fundamentación, se anexa copia de la resolución recurrida y de la denegatoria, certificadas por abogado, salvo el caso del proceso de hábeas corpus. El recurso será resuelto dentro de los diez días de recibido, sin dar lugar a trámite. Si el Tribunal Constitucional declara fundada la queja, conoce también el recurso de agravio constitucional, ordenando al juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de oficiado, bajo responsabilidad" (artículo 19 del Código Procesal Constitucional).

Concedido el Recurso de Agravio Constitucional dentro del plazo máximo de veinte días cuando se trata de resoluciones denegatorias de los procesos de hábeas corpus, y treinta cuando se trata de los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre el recurso interpuesto.

"Si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio. Sin embargo, si el vicio incurrido sólo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo" (artículo 20 del Código Procesal Constitucional).

De los artículos 202, inciso 2) de la Constitución y 18 del Código Procesal Constitucional desprendemos como requisitos de procedencia del Recurso de Agravio Constitucional los siguientes: que se trate de un proceso constitucional de la libertad, que la resolución sea denegatoria de la pretensión del demandante, que haya sido emitido en segundo grado por una Sala competente de las Cortes Superiores y que haya sido interpuesta en el plazo de ley.

El artículo 11 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC) determina la forma en que ha de procederse al interior



²³² "Competencias

Artículo 28.- Además de las competencias establecidas en el artículo 202 de la Constitución Política y en su Ley Orgánica N° 28301, corresponden al Pleno del Tribunal las siguientes:

1. Aprobar la jornada y el horario de trabajo del personal;
2. Designar y remover al Secretario General y al Secretario Relator;
3. Designar y remover al Director General de Administración;
4. Designar y remover al Jefe de la Oficina de Asesoría Legal;
5. Acordar, a propuesta del Presidente, de acuerdo con las normas presupuestales, la contratación de los asesores jurisdiccionales;
6. Acordar la separación de los asesores jurisdiccionales en los casos establecidos en este Reglamento;
7. Investigar las infracciones de los Magistrados a la Constitución, a su Ley Orgánica o a su Reglamento, e imponer las sanciones respectivas;
8. Tramitar y resolver los impedimentos y acusaciones de los Magistrados;
9. Conceder licencia a los Magistrados, en los términos de la ley;
10. Aprobar el anteproyecto del Plan de Trabajo y del presupuesto del Tribunal Constitucional, presentados por el Presidente;
11. Adoptar las reglas para el estudio de los asuntos sometidos a su conocimiento y elaborar los programas de trabajo, en los términos previstos en este reglamento;
12. Decidir sobre la periodicidad de las audiencias públicas y fijar su fecha, hora y lugar;
13. Estudiar y aprobar las iniciativas de proyectos de ley que puede presentar el Tribunal Constitucional, según el artículo 107 de la Constitución;
14. Aprobar, interpretar y modificar el presente Reglamento; y,
15. Adoptar las medidas administrativas para el funcionamiento del Tribunal."



del Tribunal luego de recibido el Recurso de Agravio Constitucional estableciendo su calificación por una de las Salas del Tribunal Constitucional y criterios de improcedencia²³³.

Es oportuno indicar que el artículo 11 fue modificado por el Artículo Único de la Resolución Administrativa N° 031-2006-P-TC publicada el 02 marzo del 2006²³⁴; y posteriormente se incorporaron los artículos 11-A y 11-B mediante Resolución Administrativa N° 065A-2010-P/TC, publicada el 26 de junio del 2010 en el Diario Oficial El Peruano²³⁵.

²³³ "Artículo 11: El Tribunal conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, mediante dos Salas integradas por tres Magistrados. La sentencia requiere tres votos conformes.

Una de las Salas se encargará de calificar la procedencia de las causas que lleguen al Tribunal. La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse.

En caso de no reunirse el número de votos requeridos, cuando ocurra alguna de las causas de vacancia que enumera el artículo 16 de la Ley N° 28301, cuando alguno de sus miembros esté impedido o para dirimir la discordia, se llama a los Magistrados de la otra Sala, en orden de antigüedad, empezando del menos antiguo al más antiguo y, en último caso, al Presidente del Tribunal.

En tales supuestos, el llamado puede usar la grabación de la audiencia realizada o citar a las partes para un nuevo informe".

²³⁴ El texto original del artículo 11 era el siguiente: "Artículo 11.- El Tribunal conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, mediante dos Salas integradas por tres Magistrados. La sentencia requiere tres votos conformes.

En caso de no reunirse el número de votos requeridos, cuando ocurra alguna de las causas de vacancia que enumera el artículo 16 de la Ley N° 28301, cuando alguno de sus miembros esté impedido o para dirimir la discordia, se llama a los Magistrados de la otra Sala, en orden de antigüedad, empezando del menos antiguo al más antiguo y, en último caso, al Presidente del Tribunal. En tales supuestos, el llamado puede usar la grabación de la audiencia realizada o citar a las partes para un nuevo informe".

²³⁵ "Artículo 11-A:

El magistrado llamado para dirimir la discordia es aquel que se encuentra integrando la otra Sala al momento que surge la discordia.

El llamado lo hace el Presidente de la Sala o el magistrado más antiguo que participó en la vista de la causa.

En los casos de discordia surgidas en pedidos de aclaración, subsanación, pedidos de nulidad y otras incidencias, se procederá de acuerdo con lo previsto en el quinto párrafo del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el cual establece que en ningún caso el Tribunal Constitucional deja de resolver."

"Artículo 11-B:

Para el trámite de las abstenciones, inhibiciones o excusas de los Magistrados se deberán seguir las siguientes reglas:

De acuerdo al texto vigente del artículo 11 del Reglamento Normativo se determina que sean dos Salas las que conozcan del Recurso de Agravio Constitucional, integrada cada una por tres magistrados y para obtener sentencia se requieren tres votos conformes²³⁶; siendo que una Sala –de las dos– determinará la procedencia o improcedencia del Recurso de Agravio Constitucional que llegue al Tribunal; de establecerse su procedencia recién se podrá ingresar a conocer el fondo, de lo contrario –debe entenderse– será declarada improcedente y consecuentemente rechazado el recurso mediante un auto.

Pero adicionalmente este artículo reglamentario determina expresamente que además de los criterios establecidos en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional –que no son otros que los establecidos en el artículo 202, inciso 2) de la Constitución– para calificar la procedencia o improcedencia del Recurso de Agravio Constitucional se aplicarán los siguientes supuestos:

- Si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental;
- Si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente;
- O, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse²³⁷.

a) Las abstenciones, inhibiciones, excusas se tramitan por escrito y con fecha.

b) La aceptación de las abstenciones, inhibiciones o excusas presentadas después de la vista de la causa debe ser aceptada por los dos magistrados restantes de la Sala.

c) Cuando quien formula abstención, inhibición o excusa es el llamado a dirimir una discordia surgida en las Salas, bastará con la aceptación de dos magistrados que participaron en la vista de la causa.

d) No hay abstención, inhibición o excusa para resolver la abstención, inhibición o excusa de otro magistrado.

e) Las abstenciones, inhibiciones o excusas proceden siempre que no se impida resolver".

²³⁶ En tanto que para la obtención de los tres votos conformes, en caso de no reunirse el número de votos requeridos, cuando ocurra alguna de las causas de vacancia o cuando alguno de sus miembros esté impedido o para dirimir la discordia, se llamará a los Magistrados de la otra Sala, en orden de antigüedad, empezando del menos antiguo al más antiguo y, en último caso, al Presidente del Tribunal; siendo que el llamado puede usar la grabación de la audiencia realizada o citar a las partes para un nuevo informe.

²³⁷ Como antecedente de esta modificación reglamentaria se tiene la STC N° 2877-2005-HC/TC en la que el Tribunal Constitucional estableció precedentes vinculantes referidos al Recurso de Agravio Constitucional (fundamentos jurídicos 15; 22; 24; 25; 28 y 31). En los fundamentos indicados, el Tribunal considera que el RAC debe significar una forma no exactamente de restringir arbitrariamente las prerrogativas de intervenir en ciertos procesos constitucionales de la libertad, sino más bien de compatibilizar correctamente las atribuciones constitucionales y un efectivo resguardo de los derechos



La interrogante que viene al canto -independientemente de que tal medida sea o no acertada- es si el Tribunal Constitucional estaba facultado para, mediante una modificación de su Reglamento Normativo expedido por el propio Tribunal Constitucional o aún vía precedente vinculante, establecer expresamente criterios adicionales de procedencia del Recurso de Agravio Constitucional y, consecuentemente, modificar el artículo 18 del Código Procesal Constitucional.

Debe tenerse en cuenta que el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional fue adoptado por Acuerdo de 14 de septiembre del 2004 del Tribunal Constitucional; siendo que el propio Tribunal en dicho reglamento expresa que “... el Pleno del Tribunal Constitucional, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 2 de su Ley Orgánica, dicta el siguiente Reglamento Normativo para su funcionamiento”; y que en su segundo considerando señala que tal Reglamento tiene como finalidad el “...dictar las disposiciones normativas internas a fin de adecuarlas a la nueva legislación... que permitan, además, reordenar y mejorar aspectos jurisdiccionales en procura de que los procesos constitucionales puedan ser resueltos en el menor tiempo posible...”.

El artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional determina expresamente como competencia del Tribunal el “dictar reglamentos para su propio funcionamiento, así como sobre el régimen de trabajo de su personal y servidores dentro del ámbito de la presente

Ley. Dichos reglamentos, una vez aprobados por el pleno del Tribunal y autorizados por su Presidente, se publican en el Diario Oficial El Peruano”.

Como podrá observarse tanto el artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como su propio Reglamento Normativo coinciden en que el Tribunal Constitucional está facultado para dictar dicho Reglamento, pero que el mismo se encuentra circunscrito a regular su propio funcionamiento –es decir, su funcionamiento interno, hacia dentro– y también puede reglamentar el régimen de trabajo de su personal y servidores dentro del ámbito de dicha ley. De lo expresado concluimos que el Tribunal Constitucional puede dictar normas reglamentarias internas dentro del ámbito facultado por su Ley Orgánica, pero no puede dictar normas reglamentarias hacia fuera de su funcionamiento interno y, en el caso que nos ocupa, el Tribunal Constitucional estaría modificando el artículo 18 del Código Procesal Constitucional al establecer nuevos criterios para la procedencia del Recurso de Agravio Constitucional, mediante una norma reglamentaria interna de inferior nivel.

Entre las probables respuestas que nos brinde el Tribunal Constitucional tal vez esté el que procedió de tal forma en base a su autodenominado “principio de autonomía procesal”; del cual no nos ocuparemos en detalle ya que su tratativa y discusión ameritaría un análisis independiente, aunque nos reservamos la facultad de realizar algunos apuntes al ser necesario en determinadas partes de este trabajo.

III.2. Su vinculación con la pluralidad de instancias

De inicio puede apreciarse que el Recurso de Agravio Constitucional obedece al principio de pluralidad de instancias, pero con ciertos matices que deben ser resaltados a partir del artículo 202, inciso 2) de la Constitución Política del Perú²³⁸ y, en segundo lugar, desde el artículo 18 del Código Procesal Constitucional²³⁹ y de la Ley Orgánica del

²³⁸ “Artículo 202.- Atribuciones del Tribunal Constitucional
Corresponde al Tribunal Constitucional:

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

²³⁹ “Artículo 18.- Recurso de Agravio Constitucional

Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad”.



Tribunal Constitucional²⁴⁰, normas legales que necesariamente han de interpretarse desde la Constitución; debiendo recordarse que si bien la Constitución garantiza en el ámbito jurisdiccional la pluralidad de instancias, en genérico corresponde al legislador el determinar cuántas instancias comprende tal pluralidad, lo que no podría efectuarse vía interpretación jurisdiccional ya que es un derecho de contenido legal.

Así, en el caso específico que nos ocupa (el artículo 202, inciso 2) de la Constitución) éste es meridianamente claro y expreso cuando señala como atribución del Tribunal Constitucional el “conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”.

De tal artículo se concluye que está garantizada la pluralidad de instancias en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y proceso de cumplimiento a favor de la parte demandada en primera y segunda instancia (ante el Poder Judicial), con lo que se cumple con el mínimo garantizado constitucionalmente como derecho fundamental. Pero, en el caso de la parte demandante, si su demanda ha sido declarada infundada o improcedente en segunda instancia, podrá recurrir a una tercera instancia ante el Tribunal Constitucional a través del denominado Recurso de Agravio Constitucional, es decir, se ha establecido para el demandante y en los supuestos constitucionalmente establecidos una tercera instancia con lo que se cumple con la pluralidad de instancias.

La primera conclusión a la que puede llegarse a partir de tal artículo es que de inicio se encuentra garantizada por el artículo 202, inciso 2) de la Constitución vigente la pluralidad de instancias para las partes, siendo la propia Constitución la que determina en qué casos procede la tercera instancia ante el Tribunal Constitucional; es decir, la determinación de la pluralidad de instancias no la hizo el legislador ordinario sino el Constituyente, aquel que se encuentra por encima del Tribunal Constitucional (órgano constitucional constituido).

A partir de ello podría asomar una duda. Al establecerse dos instancias jurisdiccionales a favor del demandado y tres instancias a favor del demandante, ¿se estaría provocando una situación de desigualdad entre ambas partes? Sobre el particular habría que retomar lo señalado anteriormente –dejando de lado que ya se ha garantizado el mínimo respecto a la pluralidad de instancias–, siendo en todo caso una opción del legislador el determinar

cuántas instancias comprende tal derecho, es decir como derecho fundamental ya se garantizó, y como derecho legal corresponde al legislador su desarrollo.

En este sentido tal diferencia permitida constitucionalmente en razón de las circunstancias y no de las personas, parece tener en cuenta la finalidad inmediata de los procesos constitucionales de la libertad como es el de proteger los derechos constitucionales del demandante que han sido afectados, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo (finalidad señalada en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional). En tanto que, respecto al demandado, sus derechos fundamentales no han sido afectados, ya que de serlo podrá recurrir también a los procesos constitucionales de la libertad, en cuyo caso podría incluso acceder hasta una tercera instancia ante el Tribunal.

Así, debemos considerar que el precepto constitucional contenido en el artículo 202, inciso 2) resulta ser plenamente constitucional –no sólo por estar contemplado en la Constitución–; y en consecuencia, también lo es el artículo 18 del Código Procesal Constitucional que en esencia reitera lo expresado por la Constitución en cuanto a la procedencia de la tercera instancia (Recurso de Agravio Constitucional) a favor del demandante que obtuvo sentencia infundada o improcedente en segunda instancia.

Ahora bien, la pluralidad de instancia es un derecho subjetivo de las partes en el proceso jurisdiccional, quienes deciden ejercitarlo o no, mas no es un derecho o una excusa del órgano jurisdiccional de última instancia para hacer valer su jurisprudencia o sus precedentes vinculantes cuando aquellos no hayan sido aplicados debidamente, ya que para ello será factible recurrir a los procesos jurisdiccionales preestablecidos a favor de la parte que se considere afectada. Debemos reiterar que la determinación de cuántas instancias corresponde a las partes en un proceso jurisdiccional corresponde ser establecida expresamente por el legislador y no interpretativamente por el órgano jurisdiccional de última instancia, ya que ello implicaría invadir ámbitos reservados al Poder Legislativo; en todo caso, a la jurisdicción constitucional corresponderá su avocamiento cuando no se ha cumplido con garantizar el contenido mínimo constitucional de dos instancias.

²⁴⁰ “Artículo 2.- Competencia

El Tribunal Constitucional es competente para conocer de los procesos que contempla el artículo 202 de la Constitución...”.



IV. EL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LAS RESOLUCIONES, SENTENCIAS, JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

IV.1. Determinaciones conceptuales

IV.1.a) Sentencia, jurisprudencia constitucional y precedente vinculante

La sentencia, la jurisprudencia constitucional y el precedente vinculante se encuentran íntimamente relacionados, presentando caracteres especiales. La sentencia es aquel acto procesal expedido por un órgano jurisdiccional especializado que finaliza un proceso jurisdiccional. Tratándose de los procesos constitucionales de la libertad, el fin de la expedición de la sentencia se proyecta a proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. En el caso peruano, las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales son inimpugnables y agotan la instancia nacional, no afectando el derecho a recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte. Para el Tribunal Constitucional sus sentencias producen efectos personales o efectos temporales.

En tanto que la jurisprudencia es concebida por el Tribunal Constitucional como el “... conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad” (STC. N° 0024-2003-AI/TC). En atención al mencionado Tribunal -conforme a lo expuesto en la STC N° 3741-2004-AA/TC- tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, pero la primera sólo para los jueces y la segunda, para todos; siendo el precedente una técnica para la ordenación de la jurisprudencia, permitiendo, al mismo tiempo, que el Tribunal ejerza un poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente (STC. N° 01333-2006-PA/TC)²⁴¹.

²⁴¹ Es importante indicar que también se suele hacer mención al concepto de “doctrina jurisprudencial”. Sobre el particular, para Ramón Punset tal concepto tendría el siguiente significado en el contexto español: “... Se puede hablar con toda propiedad de una ‘doctrina jurisprudencial’ del Tribunal Constitucional, en cuanto éste es supremo intérprete de la Constitución. Tal doctrina jurisprudencial (aquella que cabe abstraer de su interpretación esencial de la Ley Fundamental en todo tipo de procesos constitucionales o, si se quiere, de la ratio decidendi de sus pronunciamientos de fondo), a diferencia de la prevista en el artículo 40.2 LOTC, no integra el ordenamiento, sino que lo ‘complementa’ (siempre que sea ‘reiterada’), al igual que sucede con la doctrina del Tribunal Supremo”. PUNSET, Ramón. (1996). “Doctrina Constitucional y órganos judiciales”. En: Revista española de Derecho Constitucional. Año 16. N° 46. Enero-abril de 1996., p. 288.

En cuanto al precedente vinculante, el artículo VII del T.P. del C.P. Constitucional determina 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”.

De acuerdo al Tribunal Constitucional el precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares al de una ley.

“Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos (...). En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia” (STC. N° 0024-2003-AI/TC).

Como se observará, existen diferencias entre jurisprudencia constitucional vinculante y precedente constitucional vinculante, no sólo desde el ámbito normativo, sino también por sus efectos ya que según el Tribunal Constitucional, la jurisprudencia constitucional vinculante establece criterios uniformes mantenidos en resoluciones del Tribunal, vinculando (obligando) sólo a los jueces del Poder Judicial, y las reglas vinculantes quedan sujetas a la distinción entre *obiter* y *ratio*, en tanto que el precedente constitucional vinculante significa el ejercicio de poder normativo general del Tribunal Constitucional (obliga no solamente a los jueces sino a todos), teniendo carácter vinculante general para posibilitar mayor predictibilidad. Esta última tiene un alcance general al tener efectos normativos estableciendo una norma a partir de un caso específico y, entre una y otra, existiría una diferencia de grado.

Para los efectos del presente trabajo se tendrán en cuenta las sentencias, la jurisprudencia constitucional, los precedentes vinculantes y aún las Resoluciones que resuelven los Recursos de Queja expedidos por el Tribunal Constitucional peruano desde la vigencia del Código Procesal Constitucional (diciembre del 2004).



IV.1.b) Interpretación constitucional

De acuerdo a la Real Academia Española interpretar significa “explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto”²⁴². En tanto que hermenéutica es el “arte de interpretar textos y especialmente el de interpretar los textos sagrados”²⁴³.

En el ámbito del Derecho Constitucional, la hermenéutica presenta ciertas peculiaridades, basadas primordialmente en su diferencia con la interpretación de las leyes fundada en referencia al derecho privado; lo que impone particularidades en su interpretación ya que no resulta siendo lo mismo interpretar una ley que interpretar la Constitución dada la importancia y trascendencia de esta última. Así, la interpretación constitucional es de mayor relevancia que la interpretación infraconstitucional, por cuanto determina el espacio en el cual se interpretan estas últimas, las que deberán ser desentrañadas en conformidad con la Constitución. A ello debe sumarse que en las constituciones existen varios enunciados valorativos o de principios que presentan más complejidad que las demás normas infraconstitucionales. Pero, en definitiva, todo juez constitucional u ordinario tiene como labor diaria el interpretar las normas, siendo que la Constitución también es una norma pero que goza de prioridad, razón por la cual amerita ciertas particularidades.

En cuanto a la interpretación constitucional, Hans Kelsen considera que el derecho es el que determina tanto su creación como su aplicación; así expresa que

“... la norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se le aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grado superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto”²⁴⁴.

Puede concluirse que

“... la interpretación constitucional participa de la interpretación jurídica de carácter genérico, pero al mismo tiempo posee caracteres peculiares que derivan de la naturaleza específica de las posiciones fundamentales, las cuales se distinguen de las restantes normas del ordenamiento jurídico, por forma, estructura lógica y contenido, todo lo cual ha convertido a la interpretación constitucional en una

operación esencialmente técnica, de gran complejidad, y que además requiere de una sensibilidad especial para efectuarse correctamente”²⁴⁵.

Siguiendo esta tendencia y apreciando la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, podemos concluir que ésta es y puede ser materia de interpretación: sin embargo, en cuanto a los métodos aplicables, existe cierta divergencia en la doctrina al considerarse que dada la especial función que cumple la Constitución no podría ser interpretada a partir de los mismos métodos que se emplean para la interpretación de las leyes, al ser estas últimas de carácter infraconstitucional.

- Métodos y principio de interpretación. La doctrina considera la existencia de principios y métodos que pueden ser utilizados para una adecuada interpretación de la Constitución, que, como se habrá observado, difieran de la empleada para la interpretación jurídica general, tanto por el objeto (se interpreta la Constitución y no una ley), por el intérprete (Poder Legislativo y Tribunal Constitucional) como por la finalidad (rige el privilegio igualitario).

Los métodos de interpretación son los caminos a emplearse para determinar el sentido de una norma en referencia a un caso determinado. Dentro de estos métodos tenemos el gramatical, histórico, político, económico, teleológico y sistemático. Cabe señalar que no debemos confundir los métodos de interpretación con las clases de interpretación (que generalmente es realizada en base las fuentes de interpretación, siendo éstas la interpretación doctrinal, la judicial, la auténtica); difiriendo también con los alcances de la interpretación (declarativa o estricta y la modificativa).

De acuerdo a la doctrina imperante existen determinados principios de interpretación de la Constitución que deben emplearse conjuntamente con los métodos de interpretación, ya que sin ellos no sería posible una interpretación cabal. Así, se reconocen los siguientes principios:

- El principio de proporcionalidad y la concordancia práctica.* Los derechos fundamentales expresados como normas de principios de naturaleza indisponible no implica que sean ilimitados; de lo contrario sería imposible su aplicabilidad simultánea, debiendo actuar sincrónicamente. Para tal fin es necesario que el Tribunal realice una interpretación que implique la concordancia práctica de esos derechos,

²⁴² Ver: http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=NIVEL1/buscon/ntlle.HTML

²⁴³ Ver: http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=NIVEL1/buscon/ntlle.HTML

²⁴⁴ KELSEN, Hans. (1998). *Teoría pura del derecho*. México, Porrúa, pp. 349-350.

²⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 43-44.



“... es decir, que los coordine, de modo que todos conserven su entidad y, a la vez, establezca garantías suficientes de armonización de las diversidades e incluso contradicciones y pugnas que pueden actualizarse entre dichos derechos, con lo cual, es condición sine qua non adoptar un método de armonización que conduzca a tomar determinaciones acumulativas, combinatorias y compensatorias que generen el desarrollo conjunto de esas prerrogativas iusfundamentales. (...) Ese método es el principio de proporcionalidad y la concordancia práctica, que consiste en la ponderación de los derechos fundamentales que se encuentran en pugna, mediante una operación denominada balancing test, la cual produce que uno de los principios ceda ante el otro, sin que ese desplazamiento signifique invalidar al principio desplazado, ni que éste haya de introducir una cláusula de excepción, dado que cada principio está revestido de una jerarquía móvil que permite el desplazamiento sin invalidación”²⁴⁶.

- ii. *Principio de apertura al derecho internacional y a las leyes reglamentarias, a partir de la implementación del bloque de la constitucionalidad o bloque constitucional.* Este principio es consecuencia del constitucionalismo global que implica el posicionamiento del sistema jurídico internacional -del cual deriva el denominado *ius cogens* que determinan principios y valores universales- y que influye en las relaciones entre el Estado y la sociedad.
- iii. *Método de interpretación conforme.* Este método responde al principio general de conservación de los actos jurídicos, que trata de evitar que al declararse la inconstitucionalidad de una norma, su expulsión genere un vacío y afecte la unidad del sistema jurídico. También responde al principio de deferencia del legislador, según el cual debe asumirse que el legislador democrático procedió de conformidad con el ordenamiento constitucional.
- iv. *El principio de corrección funcional.* De conformidad con este principio la interpretación efectuada por el Tribunal no debe transgredir la distribución de las competencias asignadas a los órganos estatales por la propia Constitución.
- v. *El principio de efectividad constitucional.* Este principio preceptúa que cuanto el Tribunal Constitucional se halla ante distintas interpretaciones de una

²⁴⁶ PALACIOS ALCÓCER, Mariano y CASTELLANOS MADRAZO, J. Francisco. *Algunos apuntes sobre la interpretación constitucional*, pp. 751-752.

norma constitucional, debe preferir por aquella que favorezca la eficacia de la Constitución²⁴⁷.

- Límites a la interpretación constitucional. Para Manuel Atienza el problema de los límites puede ser comprendido respecto a los límites externos o a los límites internos, siendo que en el primero lo fundamental radica en la separación entre jurisdicción y legislación; es decir, los límites del activismo judicial, la legitimidad de los tribunales constitucionales, entre otros. En el segundo –límites internos– se pretende determinar si los tribunales constitucionales pueden cumplir con las funciones que el sistema jurídico les atribuye, como es el de emitir resoluciones correctas, realizando la justicia a través del derecho²⁴⁸.

Joaquín Brage Camazano considera que el problema de los límites a la interpretación constitucional alude

“... a las fricciones entre el órgano de la constitucionalidad y el legislador (democrático, obvio es decirlo). Para trazar las fronteras se habla del self restraint por algunos, mientras otros autores lo rechazan, o también se habla de límites jurídico-funcionales (Hesse) de la jurisdicción constitucional, y otros académicos, en fin, acuñan el concepto de ‘fórmula política’ y lo utilizan a estos fines (Canosa,

²⁴⁷ El Tribunal Constitucional peruano en el Expediente N° 05854-2005-AA/TC del 08 de noviembre del 2005 reconoce los siguientes principios: “a) El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.// b) El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada ‘Constitución orgánica’ se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución).// c) El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.// d) El principio de función integradora: El ‘producto’ de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.// e) El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”.

²⁴⁸ ATIENZA, Manuel. (1997). “Los límites de la interpretación constitucional”. En: *Revista Isonomía*. N° 06. Abril, 1997. Ciudad, editorial, pp. 7-8.



desarrollando ideas de Lucas Verdú).// Pero, aun sin negar el avance que todas estas propuestas puedan significar, lo cierto es que los linderos que no se pueden superar reposan, hasta hoy, más en un prudente juicio de experiencia 'caso por caso' por los órganos de la constitucionalidad que en unos principios determinados... Ahora bien, tampoco puede desconocerse que esa prudencia (Vigo), tan ligada a la función pretoriana (iuris-prudentia), es hábilmente empleada por los más diversos tribunales constitucionales u órganos de la constitucionalidad del mundo”²⁴⁹.

En el ámbito nacional Víctor García Toma señala que la interpretación constitucional se halla sujeta necesariamente a límites, siendo los principales los siguientes seis:

- i. En primer lugar, la interpretación no puede exceder el campo de los valores, principios y normas contenidos expresa o tácitamente en la propia Constitución, por la función racionalizadora, estabilizadora y delimitadora de la Constitución. De exceder de tal límite se produciría “un clarísimo acto de ruptura constitucional, un proceso de reforma constitucional no formal, o la concreción de una ‘norma habilitadora’, la misma que ha consecuencia de falta de control eficaz de la constitucionalidad, en la práctica quedaría convalidada”²⁵⁰.
- ii. La interpretación debe detenerse cuando se determine indiscutiblemente la imposibilidad de hallar un resultado interpretativo adecuado al “plexo normativo constitucional”; de no obtenerse una interpretación óptima, se estaría frente a una laguna legal, requiriéndose de la integración.
- iii. La interpretación no es admisible si es contradictoria con la Constitución.
- iv. La interpretación no puede considerar respuestas contrarias a los valores constitucionales, lo que se produciría con interpretaciones legalistas pero inequitativas.
- v. El intérprete debe asumir la ética de la responsabilidad no debiendo, a través de la interpretación, profundizar o generar nuevos problemas jurídico-políticos.

²⁴⁹ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Comentario a la obra *Interpretación Constitucional* de FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. En: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/14/rb/rb15.htm

²⁵⁰ GARCÍA TOMA, Víctor. (2005). *Teoría del Estado y Derecho constitucional*. Lima, Palestra, pp. 507.

- vi. El intérprete debe concientizar que la interpretación constitucional implica un previo conocimiento del problema específico materia de resolución.

IV.1.c) Reforma constitucional

La reforma constitucional no es sino la posibilidad de modificar la Constitución en atención a circunstancias de real importancia y de trascendencia para la vida del país. El proceso de reforma suele ser considerado también como una garantía de defensa de la propia Constitución, variando de Estado en Estado, ya que no estamos frente a una modificación de una ley común y corriente al tratarse de una norma jurídica *sui generis* que rige la vida política, económica, social y jurídica del Estado Constitucional de Derecho.

En el caso peruano, el artículo 206 de la Constitución Política determina cual es el proceso a seguir para reformar la Constitución²⁵¹; proceso que debe ser necesariamente observado por todo poder u órgano constitucional, no apreciándose de tal artículo que el Tribunal Constitucional peruano tenga posibilidad alguna de reformar la Constitución.

IV.2.El recurso de Agravio Constitucional a partir de las resoluciones, sentencias, jurisprudencia y precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional

Es oportuno indicar que hemos denominado como “Recurso de Agravio Constitucional Ordinario” al regulado por el artículo 202, inciso 2) de la Constitución con el que es concordante el artículo 18 del Código Procesal Constitucional. Así, contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede el Recurso de Agravio Constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Tal denominación obedece a un orden didáctico, a fin de poder diferenciarlo de otras clases de Recursos de Agravio Constitucionales que, como se verá, han sido particularizados por el Tribunal Constitucional a través de sus resoluciones y que muestran características especiales

²⁵¹ “Artículo 206.- Reforma Constitucional

Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.

que les diferencian del Recurso de Agravio Constitucional establecido en el artículo 202, inciso 2) de la Constitución.

IV.2.a) Principales resoluciones, sentencias, jurisprudencia y precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional sobre la materia

Teniendo en cuenta el ámbito temporal de la investigación que abarca desde diciembre del 2004 a junio del 2011; hemos encontrado resoluciones, sentencias, jurisprudencia y precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional –a las que genéricamente denominaremos resoluciones- que tratan de manera distinta el Recurso de Agravio Constitucional al considerado por el artículo 202, inciso 2) de la Constitución y por el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, y que tienen trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico, condicionando de forma particular el mencionado recurso; siendo las principales las siguientes:

- STC N° 2877-2005-HC/TC.
- STC N° 04853-2004-PA/TC.
- Expediente N° 03908-2007-PA/TC.
- STC N° 0024-2003-AI/TC.
- Resolución del 14 de diciembre del 2007, Expediente N° 0245-2007-Q/TC.
- Resolución del 11 de diciembre del 2008, Expediente N° 03173-2008-PHC/TC.
- Expediente N° 05430-2006-PA/TC
- STC N° 5430-2006-PA/TC.
- STC N° 1417-2005-PA/TC.
- Expediente N° 00004-2009-PA/TC.
- RTC N° 00168-2007-Q/TC.
- Resolución del 14 de octubre del 2008, Expediente N° 201-2007-Q.
- Expediente N° 02663-2009-HC/TC.
- Expediente N° 02748-2010-PHC/TC.
- Expediente N° 00255-2010-Q/TC del 24 de enero del 2011.

IV.2.b) Supuestos contenidos en las resoluciones, sentencias, jurisprudencia o precedentes vinculantes por los que el Tribunal Constitucional peruano habría ampliado la causal de procedencia del Recurso de Agravio Constitucional

De las resoluciones del Tribunal Constitucional anteriormente indicadas, hemos encontrado variantes del Recurso de Agravio Constitucional que a continuación enumeramos y que serán desarrolladas:

- Recurso de Agravio a favor del precedente.
- Recurso de Agravio Constitucional a favor de la doctrina jurisprudencial.

- Recurso de Agravio Constitucional para el reconocimiento de devengados e intereses.
- Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional.
- Recurso de Agravio Constitucional a favor de sentencias emitidas por el Poder Judicial en procesos constitucionales.
- Recurso de Agravio Excepcional por vulneración del orden constitucional.
- Recurso de Agravio Constitucional “especial o excepcional”.
- Recurso de Agravio Constitucional contra pronunciamientos que afectan la continuación del proceso principal.

- i. *Recurso de agravio a favor del precedente.* Si bien es cierto que esta clase de Recurso de Agravio Constitucional ha sido actualmente dejado sin efecto por el propio Tribunal Constitucional, es conveniente apreciar en qué consistía el mismo, en qué se diferenciaba del Recurso de Agravio Constitucional “Ordinario” y por qué razones fue dejado sin efecto.

El Tribunal Constitucional creó la figura del “Recurso de agravio a favor del precedente” a través del precedente vinculante establecido en el fundamento 40 de la STC N° 04853-2004-PA/TC –ahora dejado sin efecto por sentencia recaída en el Expediente N° 03909-2007-PA/TC-. Así, el Tribunal habilitaba la posibilidad de que la parte demandada o un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso (en los casos determinados por dicha sentencia y que posteriormente indicamos) podía recurrir al recurso de agravio constitucional cuando no se hubiera observado el precedente establecido por el Tribunal Constitucional; al respecto determinaba las reglas relativas para el trámite del nuevo supuesto para su procedencia en contra de una sentencia estimatoria de segundo grado.

Determinaba, como regla procesal, que el órgano judicial correspondiente debía admitir de manera excepcional, vía Recurso de Agravio Constitucional, la revisión por parte del Tribunal Constitucional de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pudiera alegar, de manera irrefutable, que tal decisión había sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por el Tribunal Constitucional en el marco de las competencias que establece el artículo VII del Código Procesal Constitucional.

En cualquier caso, el Tribunal tenía habilitada su competencia ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional. Como regla sustancial expresaba que el “Recurso de agravio a favor del precedente” tenía como finalidad restablecer



la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso podía ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no hubiera participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo.

El Tribunal resolvía en instancia final restableciendo el orden constitucional que hubiera resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados. La mencionada sentencia finalizaba señalando en su fundamento 41 que:

“... por lo tanto las reglas desarrolladas en la presente sentencia y declaradas en el fallo como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, deberán ser aplicadas por los jueces constitucionales, incluso a los procesos en trámite, por mandato de la Segunda Disposición Final del mismo cuerpo normativo, una vez que la misma haya sido publicada conforme a Ley”.

Al crearse el Recurso de agravio a favor del precedente se establecían aspectos que obviamente implicaban una reforma del artículo 202, inciso 2) de la Constitución y del artículo 18 del Código Procesal Constitucional, por los siguientes aspectos:

	RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL (ARTÍCULO 202, INCISO 2) DE LA CONSTITUCIÓN)	RECURSO DE AGRAVIO A FAVOR DEL PRECEDENTE (STC N° 04853-2004-PA/TC)
FINALIDAD	Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento; teniendo por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.	Restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional; cuando se pudiera alegar, de manera irrefutable, que tal decisión había sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por el Tribunal Constitucional en el marco de las competencias que establece el artículo VII del Código Procesal Constitucional.

	RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL (ARTÍCULO 202, INCISO 2) DE LA CONSTITUCIÓN)	RECURSO DE AGRAVIO A FAVOR DEL PRECEDENTE (STC N° 04853-2004-PA/TC)
SUJETOS LEGITIMADOS PARA INTERPONER EL RECURSO	El demandante que haya obtenido sentencia denegatoria en segunda instancia, en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento	El recurso podía ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no hubiera participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo.
PROCEDE CONTRA	Sentencia denegatoria en segunda instancia.	Sentencia estimatoria en segunda instancia.

Como se verá este nuevo Recurso de Agravio podía ser interpuesto por el demandado y aún más, por un tercero en las condiciones expresadas en el precedente. Es decir, el Tribunal Constitucional reformó el artículo 202, inciso 2) de la Constitución –según el cual sólo el demandante con sentencia denegatoria en segundo grado podía interponerlo- y determinó en buena cuenta que era su atribución el conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los procesos de la libertad; pudiendo interponerse en contra de sentencias estimatorias de segundo grado por la parte interesada o por un tercero.

En definitiva extendió una tercera instancia para la parte demandada y creó una instancia de último grado para terceros que no eran parte en el proceso cuando, como ya hemos señalado, la determinación de los grados en la pluralidad de instancias es una tarea que corresponde al legislador y no a los órganos jurisdiccionales; y estableció que también era procedente contra sentencias estimatorias de segundo grado.

A ello agregó una nueva finalidad del Recurso de Agravio Constitucional: restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia **estimatoria de segundo grado** en el trámite de un proceso constitucional cuando se pudiera alegar, de manera irrefutable, que **tal decisión había sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante** emitido por el Tribunal Constitucional.

Consideramos que tal precedente constitucional devenía en un exceso del Tribunal Constitucional porque en la práctica reformaba el texto expreso de la Constitución, en defensa no de la finalidad de los procesos constitucionales de la libertad, sino de la aplicación obligatoria e irrestricta de sus precedentes vinculantes por los órganos del Poder Judicial competentes para resolver los procesos constitucionales de la libertad. En todo caso, existían y existen otros mecanismos procesales dirigidos a tal fin al que puede recurrir quien se vea afectado por una resolución judicial, sin necesidad de reformar el artículo 202 de la Constitución Política del Perú.

Posteriormente, el propio Tribunal Constitucional reconoció su error pero no por el motivo expuesto que era excederse en sus funciones sino por otra razón: que el fundamento 40 de la STC N° 04853-2004-PA/TC no cumplía con los requisitos para ser aprobado como precedente vinculante.

En este sentido el Expediente N° 03908-2007-PA/TC señalaba que en atención con la STC N° 0024-2003-AI/TC, existen cinco presupuestos básicos que deben observar las sentencias del Tribunal Constitucional que se pronuncian sobre el fondo para la aprobación de un precedente vinculante, como son: la existencia de interpretaciones contradictorias; la comprobación de interpretaciones erróneas de alguna norma perteneciente al bloque de constitucionalidad; la necesidad de llenar un vacío legislativo; la corroboración de normas que sean susceptibles de ser interpretadas de manera diversa; y la necesidad de cambiar un precedente vinculante.

Considerando que los cinco presupuestos mencionados para la aprobación de un precedente vinculante pueden ser cumplidos de manera alternativa, el Tribunal Constitucional apreció que el fundamento 40 de la STC N° 4853-2004-PA/TC no cumplía con ninguno de estos presupuestos básicos para haber sido aprobado como precedente vinculante, por cuanto no existía interpretaciones contradictorias del inciso 2) del artículo 202 de la Constitución, ni del artículo 18 del Código Procesal Constitucional, no aclaraba alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad por lo que no existía vacío legislativo, no se constataban interpretaciones diversas del inciso 2) del artículo 202 de la Constitución o del artículo 18 del Código Procesal Constitucional y tampoco se estableció con la finalidad de cambiar algún precedente vinculante preexistente.

Igualmente, fue dejado sin efecto porque se impuso una posición doctrinaria sobre el significado de la expresión “resoluciones denegatorias” para que el Tribunal Constitucional asumiera competencia vía Recurso de Agravio Constitucional, pese a que el constituyente y el legislador concretaron que tal

expresión sólo comprendía las resoluciones denegatorias de segundo grado y no resoluciones estimatorias de segundo grado.

Podrá observarse, entonces, que realmente el Recurso de agravio a favor del precedente resultó ser un exceso por parte del Tribunal Constitucional; en todo caso, de existir razones fundamentadas para su implementación, ésta debería realizarse vía reforma constitucional y no por vía del precedente vinculante.

- ii. *Recurso de agravio constitucional a favor de la doctrina jurisprudencial.* El Tribunal Constitucional en la Resolución del 14 de diciembre del 2007, Expediente N° 0245-2007-Q/TC consideró que el Recurso de Agravio Constitucional también resulta procedente en contra de resoluciones estimatorias en segundo grado que desconocen la doctrina jurisprudencial del Tribunal emitida en base al artículo VI del T.P. del C. Procesal Constitucional.

En la mencionada resolución el Tribunal expresa que:

“..Habida cuenta que la situación anteriormente detallada se encuentra íntimamente ligada a la protección de derechos fundamentales que han sido materia de desarrollo constitucional mediante pronunciamientos emitidos por este Colegiado, que constituyen doctrina jurisprudencial vinculante conforme lo establecido por el artículo VI del Título Preliminar del CPConst., este Tribunal considera pertinente conocer el presente recurso a fin de evaluar si la decisión cuestionada mediante el Recurso de Agravio Constitucional se condice con una eficaz protección de los derechos que han recibido protección por el citado tribunal internacional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, en concordancia con los artículos 4.1 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos”.

Este Recurso de Agravio tenía por finalidad la defensa de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, la que debía ser observada obligatoriamente por las instancias del Poder Judicial con competencia para conocer de los procesos constitucionales de la libertad, siendo en este sentido parecida al Recurso de agravio a favor del precedente que tenía como fin la defensa de los precedentes vinculantes. En consecuencia, el Recurso de Agravio Constitucional a favor de la doctrina jurisprudencial colisionaba con la finalidad real del Recurso de Agravio Constitucional del artículo 202, inciso 2) de la Constitución.

Posteriormente, en la Resolución del 11 de diciembre del 2008 recaída en el Expediente N° 03173-2008-PHC/TC LIMA - Teodorico Bernabé Montoya, el Tribunal



Constitucional consideró que la Resolución recaída en el Expediente N° 245-2007-Q/TC era nula de acuerdo con el artículo 171 del Código Procesal Civil en aplicación supletoria de conformidad con el artículo IX del T.P. del Código Procesal Constitucional, siendo que los procesos resueltos en base a aquella resolución y con anterioridad a ésta (Resolución del 11 de diciembre del 2008, Expediente N° 03173-2008-PHC/TC) no se ven afectadas con esta nulidad al haber quedado consentidas.

Al efecto el Tribunal señala que la Resolución recaída en el Expediente N° 245-2007-Q/TC es fácticamente nula porque tal resolución

“... aparece firmada por magistrados que no pertenecen todos a la Sala Primera del Tribunal Constitucional, sin que exista fundamento o razón alguna para variar la conformación de la misma o en todo caso, sin que se haya tomado en cuenta para tal efecto, lo previsto en el artículo 11 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.// 10. Se advierte entonces, que la calificación del recurso de queja ha sido hecha por una Sala distinta de aquellas que conforman el Tribunal Constitucional, sin tomar en cuenta que en tanto dicho recurso se formula al interior de un proceso, éste debe ser resuelto por un órgano que ejerza jurisdicción y no por una Sala especial, ad-hoc, conformada o comisionada para tal efecto, pues ello contraviene el debido proceso en su manifestación del juez predeterminado por la ley”.

Tal figura, actualmente dejada sin efecto, implicaba en el fondo una reforma de la normatividad que regula constitucionalmente el Recurso de Agravio Constitucional.

- iii. Recurso de agravio constitucional para el reconocimiento de devengados e intereses. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia del 24 de septiembre del 2008, Expediente N° 05430-2006-PA/TC LIMA - Alfredo De La Cruz Curasma²⁵², estableció como precedente vinculante el “Recurso de Agravio para el reconocimiento de devengados e intereses”:

“Regla sustancial 5: Procedencia del Recurso de Agravio Constitucional para el reconocimiento de devengados e intereses// Cuando en sede judicial se

²⁵² Para el Tribunal Constitucional el criterio determinado en esta sentencia se mantiene vigente, según se desprende del Expediente N° 00760-2001-AA/TC, Sentencia del 01 de junio del 2011: “Respecto a los intereses legales, este Colegiado, en la STC N° 05430-2006-PA/TC, del 04 de noviembre del 2008, ha establecido que deben ser pagados de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1246 del Código Civil”.

haya estimado una pretensión vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido– delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA) y no se hubiere ordenado el pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y/o los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil, este Tribunal, en atención al principio de economía procesal previsto en el artículo III del Código Procesal Constitucional, conocerá el Recurso de Agravio Constitucional para ordenar su pago; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Regla sustancial 6: Improcedencia del Recurso de Agravio Constitucional para el reconocimiento de devengados e intereses// El Tribunal no admitirá el Recurso de Agravio Constitucional sobre pensiones devengadas, reintegros e intereses cuando verifique que el demandante no es el titular del derecho o que la pretensión no está directamente vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión”.

Este precedente contenido en la Reglas Sustancia 5 debe ser apreciado en concordancia con lo señalado por el Tribunal en el Expediente N° 05561-2007-PA/TC LIMA - Oficina de Normalización Previsional, Sentencia del 24 de marzo del 2010:

“24. Más recientemente, este Colegiado ha reafirmado este criterio jurisprudencial al establecer, con carácter de precedente vinculante en la STC N° 5430-2006-PA/TC, que el juez constitucional, cuando estime una pretensión atendible en la vía del proceso de amparo, ‘deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio iuria novit curia, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional’.” Este Colegiado considera que este criterio jurisprudencial es también el que se debe aplicar en el trámite de un proceso de cumplimiento. En tal sentido, cuando las instancias judiciales estimen una demanda de cumplimiento, luego de constatar la actuación renuente de la entidad pública con relación al cumplimiento de un acto o una norma, están en la obligación de incluir, por un elemental criterio de justicia, los devengados y los intereses a que hubiera lugar, como consecuencia de la actitud renuente de la entidad emplazada”.



En atención a tal precedente el Tribunal Constitucional considera que resulta especialmente procedente el “Recurso de Agravio Constitucional para el reconocimiento de devengados e intereses” a favor de la parte demandante, siempre que a nivel de los órganos jurisdiccionales se haya declarado fundada una pretensión vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión acceso o reconocimiento, y a la afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido delimitado por el Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC N° 1417-2005-PA), ello siempre que no se haya ordenado el pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y/o los intereses generados. El Tribunal considera como fundamento para tal recurso, al principio de economía procesal. La Corte Suprema, en la Casación N° 1266-2001-LIMA, aprecia que este principio está referido, en relación al ámbito temporal, a la prudencia con que los jueces deben llevar a cabo los actos procesales, tratando de encontrar el justo medio entre la celeridad y el respeto a las formalidades que resulten imprescindibles, con el objeto de solucionar adecuadamente la controversia. Igualmente, la Corte Suprema, en la Casación N° 428-98-PIURA, estima que el principio de economía procesal no justifica la vulneración de la doble instancia²⁵³. La apreciación que la Corte Suprema tiene sobre el principio de economía procesal es el que usualmente comparte la doctrina, pero para el Tribunal parece tener otros alcances.

Consideramos que en este caso el Tribunal ha particularizado el Recurso de Agravio Constitucional ordinario si bien es cierto que procede a favor del demandante para el reconocimiento de pretensiones como los intereses, pero éstos no resultan siendo derechos de naturaleza constitucional sino legal; debido a ello, otra debería ser la vía para su reclamación dado el carácter indemnizatorio por la demora en el cumplimiento de una obligación principal, no siendo invocable el principio de economía procesal. En todo caso, ello dejaría abierta la posibilidad para que el juez constitucional se pronuncie de oficio en otros procesos constitucionales de la libertad sobre derechos legales y no constitucionales, justificando su proceder en el principio de economía procesal. A lo expresado debe sumarse que, de acuerdo al precedente en mención,

²⁵³ Así, señala que la resolución impugnada se excede al declarar improcedente la demanda, cuando el proceso fue elevado a su conocimiento sólo para resolver el conflicto negativo de competencia; siendo que la economía procesal no justifica el atentado contra la garantía de la doble instancia para calificar o rechazar una demanda cuya competencia es del juzgado especializado, de manera que se ha incurrido en una omisión de la obligación de absolver el conflicto elevado y en uso indebido de facultades extra petita que la ley no concede.

el juez constitucional, cuando estime una pretensión atendible en la vía del proceso de amparo, tiene la obligación impuesta por el Tribunal Constitucional de ordenar el pago de los devengados y los intereses aún de oficio si es que tales pretensiones no fueron demandadas “en aplicación del principio *iuria novit curia*”. Por ende, en estos casos, el Tribunal Constitucional ha determinado vía precedente, pretensiones que el juez debe declarar de oficio y que no han sido demandadas, situación *sui génesis* en nuestro ordenamiento jurídico. Si el juzgador no procede de tal forma en segunda instancia, podrá interponerse el “Recurso de Agravio Constitucional para el reconocimiento de devengados e intereses”, donde verá amparada la pretensión oficiosa.

Tal decisión del Tribunal Constitucional se basa en el principio *iuria novit curia* que de manera particular ha interpretado el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia –de allí que debería denominarse *iura novit curia constitucional*– que lo diferencia del *iura novit curia* aplicable a los demás procesos y que ha sido debidamente tratado por la Teoría General del Proceso.

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional considera que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Pero el Tribunal entiende por este principio en el Expediente N° 2262-2004-HC/TC, que la congruencia de la sentencia y el contradictorio no se hallan afectados si, en aplicación de este principio, el juez constitucional se pronuncia por un derecho subjetivo no alegado por la demandante:

“Este Colegiado ya ha señalado, en el fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0905-2001-AA/TC, que el ámbito contradictorio del proceso y la congruencia de la sentencia no se ven afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del iura novit curia en este proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel”.

En atención a la concepción de este principio por el Tribunal Constitucional, nada impide al juez constitucional aplicar el mencionado principio y pronunciarse de oficio sobre pretensiones no planteadas expresamente por el demandante –tal vez en ejercicio su libre albedrío decidió no demandar tal aspecto o simplemente porque no quiso-. La intención del Tribunal puede ser positiva, pero ello puede ser muy peligroso para el ordenamiento nacional.



iv. *Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del tribunal constitucional (anteriormente denominada recurso de agravio constitucional a favor de ejecución de sentencia del tribunal constitucional).* En el Expediente N° 00004-2009-PA/TC-Roberto Allcca Atachahua, del 26 de octubre del 2010, el Tribunal Constitucional ha cambiado de denominación al anteriormente conocido como “Recurso de Agravio Constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional” por el de “Recurso de Apelación por Salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional”, precisando su contenido.

Al respecto, el Tribunal considera que la inejecución de las sentencias estimativas que expide o la ejecución tardía o desnaturalizada del mandato contenido en tales sentencias, se ha convertido en un serio problema. Debido a ello en la **RTC N° 00168-2007-Q/TC** instituyó el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional, pero tal recurso no ha sido una solución a la problemática planteada para ejecutar inmediatamente y en sus propios términos las mencionadas sentencias estimativas del Tribunal Constitucional por lo que, mediante el Expediente N° 00004-2009-PA/TC, el Tribunal precisa el contenido y efectos de la RTC N° 00168-2007-Q/TC²⁵⁴ (la RTC 00168-2007-Q/

²⁵⁴ Teniendo en cuenta que mediante el Expediente N° 00004-2009-PA/TC del 26 de octubre del 2010 se ha precisado el contenido y efectos de la RTC N° 00168-2007-Q/TC en la forma ya indicada, debemos tener presente las reglas que rigen para el anteriormente denominado “Recurso de Agravio Constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional”, establecidas por el Tribunal Constitucional mediante Resolución N° 00168-Q/TC de fechas 02 de octubre del 2007 y 22 de julio del 2008, según las cuales el Tribunal Constitucional no podía permitir el incumplimiento de lo dispuesto en sus sentencias ni la ejecución defectuosa de sus sentencias, ya que ello implicaba virtualmente una modificación de su decisión; en estos casos resultaba procedente –según el Tribunal– el recurso de agravio constitucional presentado a favor del cumplimiento de la sentencia en la que el Tribunal emitió pronunciamiento:

“8. Que, a partir de lo desarrollado supra, es posible precisar algunos principios interpretativos aplicables para el trámite del nuevo supuesto establecido a través de esta resolución de procedencia del recurso de agravio, tratándose de un supuesto de incumplimiento de los fallos del Tribunal Constitucional en los procesos de ejecución de sentencias, los mismos que encuentran su fundamento en los principios de economía procesal e informalismo, consagrados en el artículo III del Título Preliminar del CPConst.// Primero. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional tiene como finalidad restablecer el orden jurídico constitucional, el mismo que ha sido preservado mediante sentencia estimatoria del Tribunal en el trámite de un proceso constitucional. Segundo. El Tribunal resolverá así en instancia final para el restablecimiento del orden constitucional que resultó violado con la decisión del juez de ejecución, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere al alcance y el sentido del principio de la eficaz ejecución de sus sentencias en sus propios términos.// Tercero. El órgano judicial correspondiente se limitará a admitir el recurso de agravio constitucional, y corresponderá a este Colegiado dentro del mismo proceso constitucional, valorar el grado de incumplimiento de sus sentencias,

TC fue reiterada por Res. Expediente N° 00032-2010-Q/TC²⁵⁵ del 10 de marzo del 2010).

A tal fin, considera como solución que en la etapa de ejecución de las sentencias estimativas del Tribunal Constitucional, las Salas Superiores se hallan exoneradas de avocarse al recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación formulada por el obligado, y que tal recurso será conocido por salto por el Tribunal Constitucional. Para el Tribunal, la solución formulada tiene como finalidad controlar la correcta ejecución de las sentencias estimativas del Tribunal Constitucional; hacer realidad los fines de los procesos constitucionales; y tutelar los principios constitucionales de dignidad de la persona humana y de la cosa juzgada, así como los derechos constitucionales a

cuando son desvirtuadas o alteradas de manera manifiesta en su fase de ejecución. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19 del CPConst.// 9. Que los principios desarrollados en la presente resolución constituyen jurisprudencia vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del CPConst.”.

²⁵⁵ 4. Sin embargo el Colegiado no puede permanecer indiferente ante los supuestos de incumplimiento de lo dispuesto en sus sentencias o de su ejecución defectuosa, que termina virtualmente modificando la decisión; [q]ue tal como ya ha sido establecido en reiterada jurisprudencia de este Colegiado (STC N° 4119-2005-AA, de fecha 09 de noviembre del 2006), el problema de la ejecución no sólo comporta un debate doctrinal, sino también y sobre todo, un problema práctico; esto es, la capacidad de este Tribunal para poder llevar al terreno de los hechos la decisión expuesta en términos concretos en su fallo. Por ello, el proceso de ejecución –a cargo del juez de la demanda (artículo 22 y 59 del CPConst.), y por el Tribunal Constitucional en cuanto al incumplimiento de sus sentencias por las instancias judiciales (artículo 50 del Reglamento Normativo)–, no puede ser comprendido ni analizado exclusivamente desde las perspectivas desarrolladas por la teoría general del proceso, ni desde las teorías que estudian los efectos de las sentencias a partir de la perspectiva civil o penal; más aún, si el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente la autonomía y particularidad del Derecho Procesal Constitucional; frente a estas situaciones se habilitó la procedencia del recurso de agravio constitucional (RAC) pero solo para los procesos en los cuales el Tribunal emitió pronunciamiento.// 5. Este colegiado a través de la RTC N° 168-2007-Q, ha establecido principios interpretativos aplicables para el trámite de procedencia del recurso de agravio; que el pleno unificando criterio consideró que estos principios deben ser de aplicación solo para los casos de ejecución defectuosa en procesos en las cuales el Tribunal ha emitido pronunciamiento, contrario sensu, todas aquellas resoluciones sin excepción, emitidas en ejecución de sentencia cuestionando la ejecución como defectuosa, en las cuales el Tribunal no emitió fallo, serán declaradas Improcedentes. 6. Que en el presente caso, se advierte del recurso de queja, que este reúne los requisitos de procedibilidad previstos en el artículo 19 del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, toda vez que se está cuestionando una resolución de segundo grado emitida en etapa de ejecución, que podría atentar contra la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 19 de octubre del 2007 que declaró Fundada la demanda y ordenó a la Dirección de Gestión Educativa Local de Jauja de respuesta por escrito a las peticiones formuladas por el recurrente. 7. Siendo que el recurso de agravio constitucional reúne los requisitos de procedibilidad y principios interpretativos establecidos en la jurisprudencia que se refiere el fundamento 5 supra, el presente recurso de queja debe ser estimado... RESUELVE: Declarar FUNDADO el recurso de queja...” (Res. Expediente N° 00032-2010-Q/TC del 10 de marzo del 2010).



ser juzgados dentro de un plazo razonable, y a la ejecución de las resoluciones judiciales, por cuanto la inejecución total o ejecución defectuosa o tardía del mandato de una sentencia estimativa, en la realidad, puede ser comprendida como un acto de denegación de justicia.

La problemática referida ha ocasionado largas dilaciones a nivel judicial en la etapa de ejecución de una sentencia estimativa del Tribunal Constitucional; y, en otros casos, ha motivado el tener que interponer otro proceso de amparo para cuestionar las resoluciones emitidas en la etapa de ejecución.

Así, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00004-2009-PA/TC, de acuerdo con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del C. P. Constitucional, ha precisado el contenido y efectos de la RTC N° 00168-2007-Q/TC, estableciendo como “*doctrina jurisprudencial* que deben ser acatados y respetados por todos los jueces del Poder Judicial”:

- El Recurso de Agravio Constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional será denominado “Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional”.
- El “Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional” se interpone contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado. Contra la resolución que deniega el recurso de apelación por salto cabe el recurso de queja previsto en el artículo 401 del Código Procesal Civil. La resolución del “Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional” o del recurso de queja por denegatoria del recurso referido se realizará sin trámite alguno.
- El “Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional” no procede cuando el cumplimiento de la sentencia conlleve un debate sobre la cuantificación del monto de la pensión de cesantía o jubilación, o de los devengados, o de los reintegros, o de los intereses, o de las costas o de los costos. El mandato de la sentencia constitucional -cuya ejecución se pretende establecer en forma clara y expresa- es de cumplimiento progresivo cuando el propio recurrente decide que la correcta ejecución del mandato de la sentencia constitucional se controle a través del amparo contra amparo.



En estos casos, el proceso de ejecución de la sentencia constitucional sigue su trámite en las dos instancias del Poder Judicial, y contra la resolución denegatoria de segundo grado procede el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional previsto en la RTC N° 00168-2007-Q/TC, salvo en el segundo supuesto, *supra*.

En dicha sentencia también se dispuso que todas las Salas Superiores del Poder Judicial remitan los expedientes que estén conociendo por apelación y que tengan por finalidad verificar el estricto cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional.

En definitiva, según la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, ante dilaciones indebidas para ejecutar las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional o si están siendo desnaturalizadas o ejecutadas defectuosamente, la forma de corregir tal deficiencia es a través del Recurso de Agravio Constitucional denominado “Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional”, o interponiendo un proceso de amparo contra amparo por inejecución de sentencia del Tribunal Constitucional.

De esta nueva clase de Recurso de Agravio se tiene que resulta reformando el artículo 202, inciso 2) de la Constitución y modificando el artículo 18 del Código Procesal Constitucional por cuanto ya no se exige la resolución denegatoria de segunda instancia sino que procede contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado; no requiriéndose que sea apelado y denegado por la Sala en segunda instancia, siendo conocido directamente por el Tribunal Constitucional a través del Recurso de Agravio Constitucional, no configurándose el presupuesto procesal establecido por la Constitución.

Recurso de agravio constitucional a favor de sentencias emitidas por el poder judicial en procesos constitucionales. El Tribunal Constitucional en la **Resolución del 14 de octubre del 2008, Expediente N° 201-2007-Q** determinó que el Recurso de Agravio Constitucional resulta ser excepcionalmente procedente –en base a lo desarrollado en la RTC N° 0168-2007-Q/TC- cuando se trate de proteger la ejecución en sus propios términos de sentencias estimatorias emitidas en procesos constitucionales, “tanto para quienes han obtenido una sentencia estimatoria por parte de este Colegiado, como para quienes lo han obtenido mediante una sentencia expedida por el Poder Judicial”.



La procedencia excepcional del Recurso de Agravio Constitucional a favor de sentencias emitidas por el Poder Judicial en procesos constitucionales

“... tiene por finalidad restablecer el orden jurídico constitucional, correspondiendo al Tribunal valorar el grado de incumplimiento de las sentencias estimatorias expedidas por el Poder Judicial cuando éste no cumple dicha función, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal. Asimismo, los órganos jurisdiccionales correspondientes se limitarán a admitir el recurso de agravio constitucional, teniendo habilitada su competencia este Colegiado, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19 del CPCont.”

El carácter excepcional de esta procedencia del Recurso de Agravio Constitucional ha sido expresamente reconocida por el Tribunal, ya que se aparta de la regla establecida por la propia Constitución en su artículo 202, inciso 2):

*“En realidad, la mencionada ‘excepcionalidad’ sólo vendría a dar cuenta de un hecho obvio: que el Recurso de Agravio Constitucional a favor de la ejecución de sentencias es una ‘excepción’ a la regla general establecida en el artículo 202, inciso 2) de la Constitución, que señala que el Tribunal Constitucional conoce en última y definitiva instancia las **resoluciones denegatorias** de las acciones de garantía (énfasis agregado); excepción que encuentra asidero en la protección del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 139, inciso 3) de la Constitución)”* (Expediente N° 00094-2007-Q/TC del 28 de septiembre del 2010).

Tal creación del Tribunal parecería ser en el fondo una reforma al artículo 202, inciso 2) de la Constitución Política del Perú; y aún cuando el Tribunal señala que se trata de una excepción, ello no justifica su adopción al implicar la transgresión del mandato constitucional de procedencia.

- v. Recurso de agravio excepcional por vulneración del orden constitucional. El Tribunal Constitucional, en el **Expediente N° 02663-2009-HC/TC** del 12 de agosto del 2010 considera, de conformidad con el artículo 201 de la Constitución, además de los supuestos establecidos en el artículo 202 de la misma, que es competente para revisar, a través del Recurso de Agravio Constitucional, las

sentencias estimatorias que bajo el argumento de defender determinados derechos fundamentales,

“... convaliden la vulneración real de los mismos o constitucionalicen situaciones en las que se ha producido un abuso de derecho o la aplicación fraudulenta de la Constitución; todo ello, en abierta contravención de los dispositivos, principios y valores materiales de la Constitución”.

Así, en la mencionada resolución el Tribunal argumenta que:

“6. Si corresponde al Tribunal Constitucional la protección del orden constitucional, éste debe estar provisto de las herramientas e instrumentos procesales idóneos para tal efecto, para evitar que por ‘defecto’, se terminen constitucionalizando situaciones que, aunque aparecen revestidas de un manto de ‘constitucionalidad’, en la práctica contienen un uso fraudulento de la Constitución o bajo el manto protector de los derechos fundamentales, se pretenda convalidar la vulneración de aquellos o una situación en la que se ha configurado un abuso de derecho... 9. Por ello, este Colegiado considera que, en aplicación del artículo 201 de la Constitución, más allá de los supuestos establecidos en el artículo 202 de la misma, es competente para revisar, vía Recurso de Agravio Constitucional, las sentencias estimatorias que bajo el pretexto de proteger ciertos derechos fundamentales, convaliden la vulneración real de los mismos o constitucionalicen situaciones en las que se ha producido un abuso de derecho o la aplicación fraudulenta de la Constitución; todo ello, en abierta contravención de los dispositivos, principios y valores materiales de la Constitución.” 10. En el presente caso, el análisis del tema de fondo, planteado en autos, pasa por analizar cómo se vincula la pretensión contenida en la demanda, con el contenido de lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución, el mismo que expresamente establece que ‘El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas’.” 11. Por ello, independientemente del contenido de la sentencia dictada en segunda instancia, en aplicación del artículo 201 de la Constitución, este Tribunal Constitucional entiende que es competente para conocer el caso de autos, entendiéndolo que el Recurso de Agravio Constitucional presentado en autos, es uno de naturaleza excepcional, ante la vulneración del orden constitucional, en particular, de lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución, lo cual incluso tiene su correlato en las obligaciones que el Estado Peruano ha asumido en relación al combate del Tráfico Ilícito de Drogas en particular, y del crimen organizado transnacional, en general”.



El “Recurso de agravio excepcional por vulneración del orden constitucional” es considerado por el Tribunal como otra excepción al Recurso de Agravio Constitucional en la forma determinada por la Constitución en su artículo 202; pero, además invoca el artículo 201 de la Constitución para sustentar tal proceder. Este último artículo determina que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, siendo autónomo e independiente. Aparentemente, se estaría basando en su “autonomía” para sustentar la creación de este nuevo tipo de Recurso de Agravio Constitucional, siendo procedente contra **sentencias estimatorias** de segundo grado, cuando de conformidad con el artículo 202, inciso 2) de la Constitución el Recurso de Agravio Constitucional es procedente contra sentencias denegatorias de segundo grado.

- vi. *Recurso de agravio constitucional “especial o excepcional”*. En el **Expediente N° 02748-2010-PHC/TC** LIMA- Alexander Mosquera Izquierdo del 11 de agosto del 2010, el Tribunal Constitucional creó la figura procesal denominada como “recurso de agravio constitucional especial”²⁵⁶, disponiéndose su cumplimiento obligatorio en base a su calificación expresa como “doctrina jurisprudencial”. Este recurso procede de aquellos procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos en los que la sentencia fue **estimatoria en segundo grado**, siendo que únicamente podrá ser interpuesto por la correspondiente Procuraduría del Estado a quien se concede legitimación extraordinaria por el Tribunal, debiendo tenerse en cuenta un “plazo prudencial” para su interposición, siendo una obligación de los jueces del Poder Judicial el concederlo. Al efecto resulta trascendente para la fundabilidad del recurso, el determinar la razonabilidad del plazo de la investigación preliminar, debiendo apreciarse al menos dos criterios: uno subjetivo, que está en referencia a la actuación del investigado²⁵⁷ y a la

actuación del fiscal²⁵⁸, y otro objetivo²⁵⁹ que está en relación a la naturaleza de los hechos objeto de investigación.

Cabe señalar en cuanto al plazo, que el Tribunal Constitucional ha realizado algunas precisiones sobre el particular ya que el Tribunal en la STC N° 2748-2010-PHC/TC consideraba que este recurso podía ser interpuesto en cualquier plazo, lo que atentaba contra la seguridad jurídica, por lo que en posterior resolución (STC N° 03245-2010-PHC/TC), cambió de opinión, y estableciendo que el plazo debe ser uno “prudencial”²⁶⁰.

De declararse fundado el recurso de agravio constitucional especial e infundado (el hábeas corpus), la consecuencia jurídica necesaria –efecto jurídico– es la revocatoria de la resolución de segundo grado, anulando lo dispuesto en ésta;

²⁵⁸ “17. En cuanto a la actividad del fiscal, los criterios a considerar son la capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce las facultades especiales que la Constitución le reconoce. Si bien se parte de la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público, ésta es una presunción iuris tantum, en la medida que ella puede ser desvirtuada. Ahora bien, para la determinación de si en una investigación prejurisdiccional hubo o no diligencia por parte del fiscal a cargo de la investigación deberá considerarse la realización o no de aquellos actos que sean conducentes o idóneos para el esclarecimiento de los hechos y la formalización de la denuncia respectiva u otra decisión que corresponda... 19. De lo que obra en autos no se advierte una conducta negligente por parte del fiscal. Antes bien se advierte que las reiteradas ampliaciones de investigación han estado motivadas en la necesidad de investigación. Incluso, como se apreciará más adelante, una de las últimas ampliaciones del plazo de la investigación se dio a pedido de los propios investigados. De otro lado, no se aprecia de los actuados una conducta obstruccionista por parte de la defensa de los investigados.” (STC N° 3245-2010-PHC/TC del 13 de octubre del 2010). Es importante resaltar que la actividad del Fiscal no debe haber sido negligente.

²⁵⁹ “18. Dentro del criterio objetivo, a juicio del Tribunal Constitucional, cabe comprender la naturaleza de los hechos objeto de investigación; es decir, la complejidad del objeto a investigar... 20. En cuanto al criterio objetivo, atinente a la complejidad del asunto, este Tribunal ha reconocido de modo reiterado que las investigaciones relacionadas con determinadas actividades delictivas, entre las que se encuentra el tráfico ilícito de drogas o el lavado de activos, pueden ser consideradas prima facie complejas. Ello en atención, sobre todo, al número de investigados, a la posible existencia de organizaciones criminales nacionales y/o internacionales, a la particular dificultad de realizar determinadas pericias o exámenes especiales que se requieran, así como a la complejidad de las actuaciones que se requieran para investigar los tipos de delitos que se imputan al investigado...” (STC N° 3245-2010-PHC/TC del 13 de octubre del 2010).

²⁶⁰ “Asimismo, cabe señalar que en la sentencia recaída en el Exp. N° 02748-2010-PHC/TC, este Tribunal Constitucional estableció que los procuradores pueden interponer el recurso de agravio constitucional contra la sentencia estimatoria de segunda instancia en cualquier plazo. Al respecto, cabe señalar que ello fue establecido en virtud de posibilitar la revisión por parte de este Tribunal Constitucional de aquellas sentencias que indebidamente fueron declaradas fundadas contra procesos judiciales o investigaciones preliminares en materia de tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, esta regla no puede permanecer sine die, sin el peligro de atentar seriamente contra la seguridad jurídica. Es así que, habiendo transcurrido un plazo prudencial desde la publicación de la referida sentencia, este Tribunal constitucional advierte que desde la fecha de publicación de la presente sentencia el plazo para la interposición del recurso de agravio es el previsto en el artículo 18 del CPConst”.

²⁵⁶ Esta denominación ha sido empleada en la STC N° 3245-2010-PHC/TC del 13 de octubre del 2010.

²⁵⁷ “16. Dentro del criterio subjetivo, en cuanto se refiere a la actuación del investigado, es de señalar que la actitud obstruccionista de éste puede manifestarse en: 1) la no concurrencia, injustificada, a las citaciones que le realice el fiscal a cargo de la investigación, 2) el ocultamiento o negativa, injustificada, a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación, 3) la recurrencia, de mala fe, a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de dilatar o paralizar la investigación prejurisdiccional, y 4) en general, todas aquellas conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal” (STC N° 3245-2010-PHC/TC del 13 de octubre del 2010).



por lo que lo actuado en sede ordinaria queda sin efecto, debiéndose proseguir con el trámite de la investigación²⁶¹.

Así, en la sentencia recaída en el Expediente N° 02748-2010-PHC/TC, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de hábeas corpus al no haberse producido la violación del derecho a la libertad personal; concretamente, el derecho a que la prisión preventiva no exceda el plazo legal. Igualmente estableció que los fundamentos 5 a 10 y 12 a 15 de la mencionada sentencia “constituyen doctrina jurisprudencial”, debiendo ser observada, respetada y aplicada de manera inmediata por todos los jueces de la República, en atención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. También dispuso que

“... de conformidad con lo establecido en los artículo 8 de la Constitución y III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en los procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos en los que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra excepcionalmente habilitada –independientemente del plazo– para la interposición del recurso de agravio constitucional, el mismo que debe ser concedido por las instancias judiciales”.

²⁶¹ En la STC N° 03245-2010-PHC/TC, el Tribunal Constitucional determina cuáles serían los efectos jurídicos de declararse fundado el recurso de agravio constitucional especial y desestimarse el hábeas corpus interpuesto: “Efectos de la presente desestimatoria. // 30. Dada la desestimatoria del presente caso, que implica la revocación de la sentencia expedida en segunda instancia que estimaba la demanda así como lo dispuesto en dicha sentencia en el sentido de dejar sin efecto todo lo actuado desde la fecha de interposición de la demanda. Al respecto, ya en resolución expedida por el Pleno de este Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3689-2008-PHC/TC (fundamento 10), se estableció que la reparación de la violación al plazo razonable del proceso no puede ni debe significar el archivo definitivo del proceso penal como si de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, equivalente a una decisión de absolución emitida por el juez ordinario, sino que más bien, actuando dentro del marco constitucional y democrático del proceso penal, lo que, corresponde es la reparación in natura por parte de los órganos jurisdiccionales que consiste en emitir en el plazo más breve posible el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto, lo que ha sido reiterado por este Colegiado para los casos de plazo razonable en investigación preliminar en la sentencia recaída en el expediente N° 2748-2010-PHC/TC (fundamento 12) y recalcando en el fallo de la propia sentencia que esto forma parte de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Constitucional.// 31. Por tanto, siendo una consecuencia necesaria de la revocatoria de la recurrida el anular lo dispuesto en dicha resolución, este Tribunal considera pertinente recalcar que con la presente resolución la nulidad de lo actuado en sede ordinaria queda sin efecto, debiéndose proseguir con el trámite de la investigación. Es por ello que, habiéndose formalizado la denuncia, conforme consta a fojas 1848 de autos, y habiéndose dictado auto de apertura de instrucción con fecha 07 de mayo del 2010, tal como consta a fojas 2569, el efecto de la presente desestimatoria implica que se prosiga con el proceso penal ya iniciado”.

Finalmente exhortó al Congreso de la República para que modifique el plazo de la investigación preparatoria previsto en el artículo 342, inciso 2) del Nuevo Código Procesal Penal del 2004, conforme se señala en el fundamento 11 de dicha sentencia.

En efecto, a fin de poder entender las razones que motivaron al Tribunal Constitucional para extender el recurso de agravio constitucional a otra situación, como ocurre en el presente caso, han de apreciarse los fundamentos 5 a 10 y 12 a 15 de la mencionada sentencia, siendo que esta extensión de la figura procesal se encuentra íntimamente vinculada al derecho constitucional al plazo razonable de la investigación preliminar y a la tutela del derecho al plazo razonable de la investigación preliminar²⁶².

Este criterio establecido por el Tribunal Constitucional ha sido aplicado en la

²⁶² **“El derecho constitucional al plazo razonable de la investigación preliminar”** // 5. El derecho al plazo razonable de la investigación preliminar (policial o fiscal) en tanto manifestación del derecho al debido proceso alude a un lapso de tiempo suficiente para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación y la emisión de la decisión respectiva. Sobre el particular, este Tribunal en la sentencia del Expediente N° 5228-2006-PHC/TC, Gleiser Katz, ha precisado con carácter de **doctrina jurisprudencial** (artículo VI del Título Preliminar del CPConst) que para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación preliminar, se debe acudir cuando menos a dos criterios: uno subjetivo que está referido a la actuación del investigado y a la actuación del fiscal y otro objetivo, que está referido a la naturaleza de los hechos objeto de investigación...9. Sobre lo anterior, cabe precisar que, la razonabilidad del plazo de la investigación preliminar no puede ser advertida por el simple transcurso cronológico del tiempo, como si se tratase de una actividad mecánica, sino que más bien se trata de una actividad compleja que requiere del uso de un baremo de análisis especial que permita verificar las específicas circunstancias presentes en cada investigación (actuación del investigado, actuación del fiscal y la naturaleza de los hechos objeto de la investigación). Asimismo, este Tribunal considera que el plazo razonable de la investigación preliminar no tiene ni puede tener en abstracto un único plazo para todos los casos... sino que tal razonabilidad, inevitablemente debe ser establecida según las circunstancias concretas de cada caso...11. No obstante ello, se advierte que el plazo de investigación preparatoria previsto en el artículo 342, inciso 2) del Nuevo Código Procesal Penal del 2004, no se condice con la realidad social ni con la capacidad de actuación del Ministerio Público... Por esta razón, este Tribunal estima que el plazo previsto en el artículo referido debe ser modificado con la finalidad de que no queden impunes los delitos de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, pues vencido el plazo (8 o 16 meses) se puede ordenar la conclusión de la investigación preparatoria. De ahí que, se le exhorte al Congreso de la República a que modifique el plazo del artículo mencionado (investigación preparatoria en casos complejos)...// **La tutela del derecho al plazo razonable de la investigación preliminar** //... este Tribunal considera que la tutela del derecho al plazo razonable de la investigación preliminar no supone la exclusión del demandante de la investigación, sino que actuando dentro del marco constitucional y democrático del proceso penal en su fase preliminar, lo que corresponde es la reparación in natura por parte del Ministerio Público que consiste en emitir en el plazo más breve posible el pronunciamiento sobre el fondo del asunto que suponga la conclusión de la investigación prejurisdiccional, bajo responsabilidad...13. No obstante lo anterior, este Tribunal precisa que el plazo para el pronunciamiento sobre el fondo del asunto, debe ser fijado por el juez constitucional, en cada caso concreto...”.



STC N° 3245-2010-PHC/TC del 13 de octubre del 2010 en el Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por el Procurador a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público en contra de la resolución expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada la demanda de hábeas corpus; debiendo tenerse presente que en este caso concreto la investigación resultaba muy compleja ya que se abrió investigación a 64 personas y su finalidad era determinar la presunta participación en el delito de lavado de dinero de 118 empresas; siendo que incluso, luego de dos años de investigación, las partes solicitaron al fiscal una ampliación del plazo de la investigación:

“4. En el presente caso ha sido estimada en segunda instancia una demanda de hábeas corpus contra una investigación fiscal que es seguida contra los favorecidos, por la presunta comisión de delito de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas, por lo que en virtud del criterio jurisprudencial antes mencionado, cabe admitir el recurso de agravio constitucional.” 5. Asimismo, cabe señalar que en la sentencia recaída en el Exp. N° 02748-2010-PHC/TC, este Tribunal Constitucional estableció que los procuradores pueden interponer el recurso de agravio constitucional contra la sentencia estimatoria de segunda instancia en cualquier plazo. Al respecto, cabe señalar que ello fue establecido en virtud de posibilitar la revisión por parte de este Tribunal Constitucional de aquellas sentencias que indebidamente fueron declaradas fundadas contra procesos judiciales o investigaciones preliminares en materia de tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, esta regla no puede permanecer sine die, sin el peligro de atentar seriamente contra la seguridad jurídica. Es así que, habiendo transcurrido un plazo prudencial desde la publicación de la referida sentencia, este Tribunal constitucional advierte que desde la fecha de publicación de la presente sentencia el plazo para la interposición del recurso de agravio es el previsto en el artículo 18 del CPConst.” (STC N° 3245-2010-PHC/TC del 13 de octubre del 2010).

Como podrá observarse, a la figura –“ordinaria”- del Recurso de Agravio Constitucional regulada por el artículo 202, inciso 2) de la Constitución y artículo 18 del C. P. Constitucional, se suma esta otra creada por el Tribunal Constitucional y denominada por éste como “Recurso de Agravio Constitucional especial o excepcional”; siendo que –a nuestro entender- se ha producido una reforma constitucional y una modificación legislativa de la norma adjetiva, ya

que procede solamente en aquellos procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos y en contra de **la sentencia estimatoria de segundo grado**, pero únicamente podrá ser interpuesto por la correspondiente Procuraduría del Estado a quien el Tribunal le concede legitimación extraordinaria. Como se observa a simple vista, también se habría reformado el artículo 202, inciso 2) de la Constitución Política del Perú.

- vii. *Recurso agravio constitucional contra pronunciamientos que afectan la continuación del proceso principal.* En el Expediente N° 00255-2010-Q/TC del 24 de enero del 2011, el Tribunal Constitucional reconoce otra “excepción” a la “viabilidad” del Recurso de Agravio Constitucional que se interpone no en contra de resoluciones denegatorias de segunda instancia, pudiendo interponerse en contra de resoluciones denegatorias de acciones de garantía, que anulan el ejercicio del derecho de acción quien reclama tutela sobre su derecho fundamental, impidiendo la continuación del proceso constitucional como sería, según ejemplifica el Tribunal Constitucional, la excepción de prescripción de la acción:

“4. Que el objeto del recurso de agravio constitucional es cuestionar aquellas resoluciones que, siendo emitidas en segunda instancia, son denegatorias de acciones de garantía. Este precepto constituye la regla general para la procedencia de dicho medio impugnatorio, el cual se fundamenta en la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y en el papel que cumple este Tribunal dentro de nuestro sistema jurídico: ‘ser el garante último y definitivo del orden jurídico constitucional’. Sin embargo, tal protección ha sido matizada de acuerdo al verdadero carácter de los procesos constitucionales (II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), motivo por el cual se ha considerado pertinente reconocer de manera excepcional la viabilidad del recurso de agravio constitucional contra resoluciones de segunda instancia que, a pesar de no ser propiamente denegatorias de acciones de garantía, lo son materialmente al anular el ejercicio del derecho de acción del justiciable que reclama tutela sobre su derecho fundamental, y en consecuencia, impiden la continuación del proceso constitucional. (v.gr. excepción de prescripción de la acción). Por el efecto alcanzado, como es la conclusión del proceso y, por ende, la imposibilidad del ejercicio de la acción constitucional de los justiciables, este Colegiado ha entendido que dichos pronunciamientos son equiparables a un rechazo de la demanda, a manera de ejemplo pueden verse las RRTC



N° 00158-2009-Q/TC, N° 00204-2009-Q/TC y N° 00083-2010-Q/TC.// 5. Que a contrario sensu, el recurso de agravio constitucional de acuerdo con tal criterio, no resulta procedente contra aquellos pronunciamientos que no afecten la continuación del proceso constitucional principal iniciado, es decir, que no conlleven una conclusión efectiva del mismo”.

Esta resulta siendo otra más de las excepciones que establece el Tribunal Constitucional al Recurso de Agravio Constitucional ordinario, la que tampoco se interpone en contra de resolución denegatoria de segunda instancia sino que resulta procedente en contra de resoluciones que, como ejemplificó el Tribunal Constitucional, no resuelven declarando infundada o improcedente la pretensión del demandante en segunda instancia, sino en contra de resoluciones que resuelven excepciones como la prescripción.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la resolución que declara fundada una excepción no tiene por objeto resolver la instancia, sino que frustra el proceso; consecuentemente, no existe sentencia que ponga fin a la instancia.

IV.2.c) Principales fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional que ameritan la procedencia del Recurso de Agravio Constitucional en supuestos particularmente determinados

Es importante tratar de precisar cuáles han sido los principales fundamentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional en sus resoluciones para la creación de nuevas clases, variedades o extensiones del Recurso de Agravio Constitucional, independientemente del contemplado normativamente por el artículo 202, inciso 2) de la Constitución:

- Principios. Invoca los principios de “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”, principio *iura novit curia*, principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines del proceso o flexibilidad, principio de igualdad y principio de economía procesal. Sobre los principios señalados consideramos lo siguiente:
 - i. La “autonomía procesal del Tribunal Constitucional” –elevada a la categoría de principio por el Tribunal Constitucional peruano- es una figura que ha sido empleada en los últimos años por el Tribunal, aunque en nuestro país la doctrina se encuentra dividida sobre su existencia y consecuente empleo. Las indagaciones bibliográficas realizadas nos llevan a un punto común en el ámbito hispano, siendo su principal investigadora Patricia Rodríguez-Patrón quien se refiere a la “autonomía procesal” como una “categoría” y no como un “principio”, considerando incluso que tal expresión resulta problemática pero la emplea para definir un fenómeno determinado que observó inicialmente

en Alemania, utilizándola no por su exactitud desde una perspectiva técnico-jurídico, sino primordialmente porque es una frase gráfica²⁶³.

A partir de lo observado en Alemania y en España plantea que podría

“... calificar la ‘autonomía procesal’ como el perfeccionamiento jurisdiccional que de su regulación procesal realiza el Tribunal Constitucional, más allá de los métodos convencionales de interpretación e integración del derecho (cuando éstos se revelan insuficientes dada la especialidad del proceso constitucional). A través de ella, el Tribunal Constitucional, en el seno de procesos concretos, crea reglas y principios procesales generales más o menos estables, de acuerdo con consideraciones de oportunidad. Por ello puede hablarse de una capacidad ‘cuasilegislativa’, aunque no sin cautelas porque, como veremos, debe tener un alcance muy limitado y porque, como advierte Schlaich, en el proceso constitucional, hermenéutica y ‘configuración política’ no son siempre antónimos. Ello implica una mayor dificultad para distinguir interpretación y creación judicial de derecho”²⁶⁴.

En el Perú, como ya se dijo, la mencionada “autonomía procesal” tampoco goza de unanimidad en su aceptación. Para Eugenia Ariano Deho el Tribunal Constitucional no puede, a través de su autodenominada “autonomía procesal”

²⁶³ En Alemania “la ‘autonomía procesal’ se caracterizaría por ser una regulación sobre cuestiones procesales (tanto formales, como materiales, pero fundamentalmente estas últimas...) que se lleva a cabo por el TCF en el seno de un proceso constitucional conforme a los criterios de oportunidad. Se trataría de configuraciones políticas (o cuasilegislativas) donde la autoridad de la decisión no se apoya en argumentaciones de convicción sino en el poder. El TCF, a partir de los casos concretos, mediante una o varias decisiones, fija reglas o criterios de actuación estables con vocación de ser aplicados a supuestos posteriores similares” (RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. (año). *La ‘autonomía procesal’ del Tribunal Constitucional*. Ciudad, editorial, p.20). Sin embargo en la propia Alemania se han producido serias controversias doctrinales sobre el tema. Engemann reconoce que solamente asiste al Tribunal una mayor libertad en la interpretación que abarca también el campo procesal, debido a la “autonomía” del proceso constitucional, lo que puede motivar en algunos casos, el negar los principios procesales generales a los procesos constitucionales y a delinear de una manera más libre su derecho procesal, pero dentro de los límites impuestos por la Constitución. Para K. Schlaich no existiría la autonomía procesal, por cuanto el Tribunal se habría limitado únicamente a rellenar las lagunas en aplicación a la analogía de conformidad con al derecho procesal alemán; por lo que considera desafortunada tal expresión. No comparte la opinión de quienes afirman que el TCF cuenta con libertad para conformar su actividad procesal “en la categoría de autonomía”; siendo que realmente le corresponde una denominada libertad de decisión discrecional en atención a una ley conscientemente incompleta que resulta vinculante pero como marco jurídico. Se suma a lo indicado la actitud asumida por el propio Tribunal que no ha reclamado tal autonomía sino el derecho a desarrollar otros principios para su proceso y de configurar en un amplio margen su proceso.

²⁶⁴ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. (2003). *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas Ediciones, pp. 141.

y por medio de sus sentencias, establecer normas procesales generales y abstractas aplicables como tales, en todos los casos como si fuera una ley; y considera curioso que el Tribunal Constitucional pueda establecer reglas generales basado en un poder del que gozaría y al que denomina como “autonomía procesal”. Juan Monroy Gálvez, al referirse a la “autonomía procesal del Tribunal Constitucional”, considera que este se ha convertido en el instrumento principal que ha empleado el Tribunal para modificar los cimientos del ordenamiento jurídico nacional, el que no ha adquirido reconocimiento ni en Alemania ni en España, por lo que es muy discutida y aún relegada en el derecho germano. Sobre el carácter de “principio”, señala que:

“... una falacia es la aplicación incorrecta de un principio lógico o la aplicación de un principio lógico inexistente. Por su lado una petición de principio es una falacia que consiste en un error de razonamiento por el cual se toma como punto de partida del argumento precisamente aquello que se ha de demostrar”²⁶⁵.

En consecuencia el empleo de tal “principio” parecería carecer de una fundamentación doctrinal unánime, aún cuando se pretenda derivar tal “autonomía procesal” del artículo 201 de la Constitución, cuando se señala que el Tribunal Constitucional es autónomo e independiente –como también lo es el Poder Judicial-, pero de allí no podría concluirse que se desprenda una “autonomía procesal” que le permita reformar el artículo 202, inciso 2) de la Constitución.

- ii. En relación al principio *iura novit curia* ya hemos señalado que, como lo interpreta el Tribunal Constitucional, éste no guarda concordancia en toda su extensión con el concebido por el Derecho Procesal o la Teoría General del Proceso, en todo caso se trataría de un *iura novit curia constitucional*. El artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional considera que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Para el Tribunal, este principio permite que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, ya que una de las particularidades de este principio en el proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el

derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel.

- iii. Respecto al principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines del proceso o flexibilidad, se determina que en los procesos constitucionales deben adecuarse las formalidades a los fines de los procesos constitucionales, privilegiándose el fondo por sobre las formas, manteniéndose aquellos aspectos adjetivos indispensables a fin de evitar su desnaturalización pero sin perder de vista la preservación y restablecimiento de los derechos constitucionales y por ende, de los principios y valores esenciales²⁶⁶. Tal principio resulta aplicable a los procesos constitucionales de la libertad, pero consideramos que si bien es cierto que los fines del proceso son importantes, no puede dejarse de lado la existencia de una garantía procesal mínima que de inobservarse por el Tribunal Constitucional originaría la violación de derechos fundamentales, no siendo suficiente que “el fin justifique los medios”, al menos en un Estado de Derecho Constitucional.
- iv. La invocación del derecho a la igualdad de las partes se refiere al hecho concreto que, según el Tribunal Constitucional, demandante y demandado deberían tener acceso al Recurso de Agravio Constitucional; sin embargo –como el mismo Tribunal lo ha señalado- la tutela procesal efectiva, el debido proceso y la manifestación concreta del derecho a la pluralidad de instancias exigen un mínimo de dos instancias, siendo que la determinación del número de instancias es un derecho de contenido legal que corresponde ser determinado por el legislador ordinario. El establecimiento del Recurso de Agravio en el artículo 202, inciso 2) de la Constitución resulta, de inicio, una opción legislativa establecida expresamente en la Constitución en atención a la necesidad de brindar una mayor protección a quien ha sufrido la afectación de sus derechos constitucionales o fundamentales. De allí que vía interpretación no podría establecerse una instancia adicional o reformar el texto expreso de la

²⁶⁶ “Que en esa perspectiva, este Colegiado le ha dado especial importancia al principio de flexibilidad de los procesos constitucionales, según el cual: ‘el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales’ (artículo III, Código Procesal Constitucional). En ese sentido, la exigencia de las formas procesales en los procesos constitucionales se rige por un principio de flexibilidad, en el cual el Tribunal Constitucional, atendiendo a los fines de los procesos constitucionales (artículo II, Código Procesal Constitucional), puede prescindir, excepcional y razonablemente, de la exigencia de las formas procesales. Sin embargo, quien recurre a un proceso constitucional específico, por regla, debe respetar las formas procesales previstas en el mencionado Código”. (Expediente N° 00899-2009-PA/TC del 18 de mayo del 2009).

²⁶⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan. (2008). “Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional”. En: (2008). *¿Guerra de las cortes?* Lima, Ed. Palestra, p. 48.



Constitución. De ser necesario debería recurrirse a una reforma constitucional pero no podemos inobservar la propia Constitución siendo que la interpretación, aún del Tribunal Constitucional, también tiene límites y limitaciones.

- v. En referencia al principio de economía procesal, Devis Echandía considera que por “economía” debe tratarse de obtener el mayor resultado posible con el mínimo empleo de la actividad procesal. En atención al Código Procesal Civil, por este principio el juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran, así como a la reducción de gastos en los que se pueda incurrir en el proceso. Este principio se encuentra estrechamente relacionado con el de celeridad procesal, respecto al cual el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil expresa que tiene como finalidad el que la actividad procesal se realice diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto. Gerardo Eto Cruz y José F. Palomino Manchego expresan que los magistrados debe tener presente que, en el caso de la economía procesal que deberá regir los procesos constitucionales no siempre van a ser los mismos que rigen la economía procesal de los procesos ordinarios, pues incluso dentro de éstos, el Código Procesal Civil ha impuesto a los jueces que el proceso se realice procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales; esto porque mientras en los procesos civiles ordinarios lo que se ventila son problemas de derechos subjetivos privados; en el caso de los procesos constitucionales, se trata de derechos públicos subjetivos.

En consecuencia, no consideramos que la argumentación basada en los principios indicados por el Tribunal Constitucional faculden al Tribunal para reformar y crear nuevas figuras o variantes del Recurso de Agravio Constitucional, ya que ello implicaría que bastaría invocar un principio para poder reformar un artículo Constitucional ampliando, por ejemplo, el campo de aplicación del Recurso de Agravio en contra de sentencias estimatorias, pese al texto expreso de la Constitución.

- Defensa de precedentes, doctrina y sentencias. Otro de los fundamentos del Tribunal para justificar su proceder en los casos ya reseñados, es la inobservancia de los precedentes vinculantes o de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional por el Poder Judicial, el

uniformizar los pronunciamientos que emiten los jueces constitucionales, y el proteger y optimizar la ejecución de las sentencias emitidas en los procesos constitucionales.

No consideramos que tales argumentos sean lo suficientemente sustantivos al extremo que faculden al Tribunal Constitucional a reformar la Constitución vía interpretación. No podemos dejar de destacar la importancia de la labor del Tribunal Constitucional a través de sus precedentes, pero ello no significa que ante la inobservancia de precedentes o de la doctrina del Tribunal, la Constitución le confiera la facultad de reformar el texto expreso de ella misma; en todo caso, existen otros mecanismos para lograr el fin que el Tribunal persigue para la observancia de sus decisiones, incluso para cuando se trate de la ejecución de sus sentencias, concebida como parte de la tutela procesal efectiva.

- Inexistencia de zonas exentas de control. Otro fundamento del Tribunal se refiere a la no generación de zonas intangibles a la labor de control del Tribunal Constitucional, su posición como supremo intérprete de la Constitución y la interpretación acorde con la protección de los derechos humanos. El Tribunal Constitucional detenta las competencias que la Constitución le atribuye; sin embargo, toda función y toda competencia no es absoluta ni se ejercita irrestrictamente. Como lo reconoce la doctrina y el propio Tribunal, todos los derechos incluyendo los fundamentales, tienen limitaciones en cuanto a su ejercicio, siendo que tales limitaciones son establecidas legalmente. Siendo así, se aprecia que las funciones, atribuciones y competencias del Tribunal Constitucional también se hallan limitadas y estas limitaciones se encuentran –para el caso que nos ocupa-, en el propio artículo 202, inciso 2) de la Constitución. Por ende, no es que existan zonas exentas de control constitucional o que la interpretación del Tribunal Constitucional deba realizarse sin limitación alguna al amparo de fines loables, sino que el Tribunal tiene límites impuestos por la Constitución, no siendo omnipotente e inequívoco en sus interpretaciones. Ello no significa que su interpretación sea la necesariamente correcta o que sea el único intérprete –los jueces del Poder Judicial también interpretan la Constitución para su aplicación a casos concretos-, sino que su interpretación es la máxima al tener la calidad de máximo intérprete jurídico de la Constitución. En razón de ello no consideramos estos argumentos del Tribunal como justificantes para reformar una norma constitucional como la que nos ocupa, siendo que el fin de la interpretación es el de desentrañar el sentido de un texto legal a partir de métodos y principios necesarios plasmados en



la hermenéutica jurídica pero de allí a reformar un artículo constitucional expreso vía interpretación, hay cierta distancia.

- Derechos fundamentales y orden jurídico. El Tribunal también recurre a la protección de los derechos fundamentales desarrollados por el Tribunal Constitucional, como son el reestablecimiento del orden jurídico constitucional y el evitar que por “defecto” se constitucionalicen fraudes a la Constitución o abuso de derecho, para justificar su actuación.

Creo que todos convenimos en que la defensa de los derechos fundamentales resulta de vital importancia en un Estado Constitucional de Derecho, Estado en el que la Constitución se convierte en una norma jurídica angular que orienta y rige la actuación de todos los poderes y órganos constituidos; donde el ejercicio, los derechos, las atribuciones y competencias se ejercen dentro de los parámetros y límites legalmente establecidos.

De allí que la defensa y protección de los derechos fundamentales y la defensa del orden jurídico constitucional sean fines y objetivos de todos, pero ello también implica la observancia plena de la Constitución. La consecución de los fines no legitima los medios que se empleen, por tal razón no justificamos el proceder del Tribunal Constitucional en las resoluciones examinadas; podemos entenderlas, pero el Tribunal también está sujeto a la Constitución y su observancia por todos es la verdadera garantía de una comunidad que se llame civilizada.

- El tráfico ilícito de drogas que afecta al Estado en su conjunto. Es también considerado como un fundamento justificante para el caso específico del Recurso de Agravio Constitucional “especial o excepcional” y que permite su habilitación, ya que no puede admitirse ni avalarse que los delitos de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos queden impunes (Expediente N° 02748-2010-PHC/TC).

El fin señalado es compartido por todos, pero la habilitación que efectúa el Tribunal resulta atentatoria contra la naturaleza procesal-constitucional del Recurso de Agravio Constitucional del artículo 202, inciso 2) de la Constitución. Bajo esa misma finalidad, no sería extraño que resulte ampliándose para una serie de delitos que, como aquellos, afectan al Estado en su conjunto; sin embargo, lo aconsejable sería que el Tribunal adopte los caminos procesales establecidos y no resulte, a través de sus resoluciones, variando el ámbito del Recurso de Agravio.



IV.3. Efectos generados

IV.3.a) Ampliación del supuesto de hecho para la procedencia del Recurso de Agravio Constitucional

Como podrá observarse luego de este recorrido por las resoluciones del Tribunal Constitucional, éste ha reformado a través de sus interpretaciones el artículo 202, inciso 2) de la Constitución Política de 1993, estableciendo casos específicos en los que resulta aplicable el Recurso de Agravio Constitucional que de común no podría desprenderse del tenor de tal artículo ni de una interpretación sistemática, ni aún aplicando los principios de interpretación determinados por la doctrina constitucional y asimilados por el Tribunal Constitucional, ni considerando los fines de los procesos constitucionales ni otros principios invocados.

Tales interpretaciones han admitido que incluso este Recurso sea procedente en contra de resoluciones estimatorias de segundo grado o en contra de las resoluciones de ejecución expedidas por jueces constitucionales sin que sean conocidas por la segunda instancia -“Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional”- o en contra de resoluciones que no son sentencias. En consecuencia, queda claro que el Tribunal ha extendido y modificado los presupuestos procesales para la procedencia del Recurso de Agravio.

IV.3.b) Inseguridad jurídica

La seguridad jurídica puede ser entendida como

“... la estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho”²⁶⁷.

Un sistema jurídico puede tildarse de seguro cuando existe un funcionamiento debido de los poderes estatales así como de los órganos constitucionalmente autónomos; el debido conocimiento del derecho a aplicarse en cada caso; la estabilidad razonable de las normas jurídicas; la predictibilidad de los efectos y consecuencias de las acciones; el respeto de los derechos y la extinción del error de derecho como válida excusa.

²⁶⁷ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VII, p. 329.



Un aspecto importante es el de la predictibilidad de las resoluciones jurisdiccionales. Entre los factores que generan inseguridad en las resoluciones judiciales tenemos principalmente el cambio imprevisto de tendencias jurisprudenciales consolidadas, no existiendo fundamentos razonables que lo justifiquen.

En el caso que nos ocupa, consideramos que a través de las resoluciones que han servido como unidades de estudio hemos podido apreciar que el Tribunal Constitucional se ha alejado interpretativamente de los límites procesales del artículo 202, inciso 2) de la Constitución y del artículo 18 del Código Procesal Constitucional sin que existan fundamentos jurídicos realmente sustentables que se lo permitan. Ello nos lleva a considerar que si el Tribunal no respeta los supuestos procesales que se desprenden del texto constitucional, entonces es posible que todo pueda suceder y, en consecuencia, se desvirtúa la vigencia efectiva de los artículos mencionados. Ante ello, nada impide que cualquier demandado interponga un Recurso de Agravio, pese a no estar comprendido en los supuestos procesales constitucionales, ante la posibilidad que el Tribunal, vía interpretación, le habilite una tercera instancia.

IV.3.c) Afectación del principio de separación de poderes

Uno de los más importantes principios del Derecho Constitucional es el de la separación de poderes, plasmado para evitar el abuso de poder. Ya Montesquieu apreciaba como necesario separar el poder estatal en tres ámbitos tradicionalmente conocidos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Consideraba que el Poder Judicial aseguraba la libertad al separarse la potestad de juzgar de los otros dos poderes. Interpretando lo señalado por Montesquieu, se aprecia que no puede admitirse que la atribución de un poder sea absorbido totalmente por otro poder, siendo por ello admisible el principio de distribución de poderes o funciones lo que, a nuestro entender, implica que la norma fundamental en principio, o leyes, establezcan las atribuciones, facultades y deberes de cada poder estatal.

Para Jefferson como para Madison,

"... la garantía más importante de la libertad y del buen gobierno, fue la separación de poderes; y para ellos, la separación de poderes tenía (y hoy tiene) por lo menos tres dimensiones: -Primera, el reparto del poder gubernativo entre cuerpos separados de gobierno (Es lo que generalmente se entiende como 'separación de poderes' en sentido estricto). - Segunda, la división del poder de tal manera que la autoridad de uno de los Poderes en un asunto dado, es limitada por la autoridad de otro de los Poderes sobre el mismo asunto u otro relacionado (es lo que generalmente se conoce como sistema de 'límites y contrapesos'). -

*Tercera, una división vertical del poder gubernamental, de tal manera que cada tarea de gobierno es responsabilidad de la unidad gubernamental más pequeña capaz de cumplirla"*²⁶⁸.

Sobre el particular debe tenerse presente que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo 16 expresa que toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución.

Dentro del esquema de distribución de poderes suele graficarse que el Tribunal Constitucional tiene una intervención de "legislador negativo", pero ello no significa textualmente que sea en sí realmente un legislador, ya que tal función corresponderá esencialmente al Poder Legislativo. Cuando Kelsen considera que el control de la constitucionalidad de las leyes debe conferirse a un órgano especial, afirma que *"... la relación entre el poder legislativo y el tribunal con poder de anular las leyes podría entenderse como una división del poder legislativo en dos sujetos. Por un lado, el órgano legislativo estricto sensu que se dedica a la 'formación' de la ley; por otro, el órgano encargado de su eventual 'anulación'"*²⁶⁹.

En este esquema distributivo de poderes, al Tribunal Constitucional no le corresponde la función de legislador positivo sino la de legislador negativo y sólo la de legislador negativo, pues si asumiera también la de legislador positivo quedarían subvertidos los principios de una Constitución libre (caso de que ello se hubiese hecho por disposición constitucional), y el Tribunal Constitucional habría consumado un auténtico golpe de Estado (en el supuesto de que tal operación hubiese sido realizada sin apoyo en el texto constitucional)²⁷⁰. Es menester recordar que fue Kelsen quien consideró la labor de la jurisdicción constitucional como de "legislador negativo", con la finalidad de recalcar que no correspondía a la jurisdicción constitucional reemplazar la decisión del legislador.

Si el Tribunal Constitucional actuara como legislador positivo o cuasilegislativo maximizando el principio de supremacía de la Constitución –sin estar facultado expresamente para ello–, podría dar lugar a consecuencias contrarias a las perseguidas originando, como señala Carlos Ruiz Miguel, una subrepticia consagración de la "supremacía del Tribunal Constitucional", convertido en la práctica en el titular del poder constituyente.

²⁶⁸ BARKER, Robert S. *La experiencia constitucional en los Estados Unidos y su dinámica actual*. pp. 5-6.

²⁶⁹ KELSEN, Hans. (1998). *Op.Cit.*, pp. 173-174.

²⁷⁰ RUIZ MIGUEL, Carlos. *Las aporías del control de la inactividad del legislador*. p. 4.



Desde esta perspectiva cabe apreciar lo realizado por el Tribunal Constitucional en las resoluciones ya mencionadas, que significaría una reforma del artículo 202, inciso 2) de la Constitución y una modificación del artículo 18 del Código Procesal Constitucional, cuando realmente el Tribunal no tiene tal facultad para ello ni por vía de interpretación ni por vía reglamentaria.

Lo señalado nos lleva a considerar un tema importante. Si bien es cierto que todos –por sentido común– podemos llegar a la consideración que no hay poderes absolutos y que consecuentemente todo ejercicio de poder, atribución o competencia en el Estado Constitucional de Derecho está sujeto a límites, entonces las atribuciones del Tribunal Constitucional también están sujetas a ellos, como el propio Tribunal lo reconoce a través de su jurisprudencia, pero parece que en ciertas oportunidades se queda en el tintero.

Siendo así, la interpretación que realiza el Tribunal –aún como máximo intérprete de la Constitución– no deja de ser interpretación al fin y al cabo, no pudiendo invadir campos establecidos por la propia Constitución como el de legislar; pero sí puede y debe ejercer su función de acuerdo a lo determinado, en primer orden, por la Constitución.

Así, puede afirmarse que el primer límite está dado por la Constitución, por el respeto a los derechos constitucionales y fundamentales, y el respeto a la distribución de poderes del Estado. Ello no significa que el Tribunal no pueda, a través de la interpretación, complementar el Código Procesal Constitucional, pero sin que signifique establecer reglas procesales generales y sin estar facultado expresamente para ello.

Consideramos importante para el caso peruano, el establecimiento de un observatorio de justicia constitucional, conformado por especialistas en materia constitucional de Universidades, Poder Judicial, Ministerio Público, Academia de la Magistratura, Defensoría del Pueblo y Colegios de Abogados, que evalúen académica y periódicamente las resoluciones del Tribunal Constitucional a fin de poder realizar las atenciones necesarias y evitar situaciones irreparables que puedan afectar al Estado Constitucional de Derecho.

V. CONCLUSIONES

1. De las resoluciones del Tribunal Constitucional peruano verificadas se han identificado las siguientes clases o extensiones procesales del Recurso de Agravio Constitucional que presentan diferencias en relación al considerado en el artículo 202, inciso 2) de la Constitución: (a) Recurso de Agravio a favor del precedente, (b) Recurso de Agravio Constitucional a favor de la doctrina jurisprudencial, (c) Recurso de Agravio Constitucional para el reconocimiento de devengados e intereses, (d) Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional, (e) Recurso de Agravio Constitucional a favor de sentencias emitidas por el Poder Judicial en procesos constitucionales, (f) Recurso de Agravio Excepcional por vulneración del orden constitucional, (g) Recurso de Agravio Constitucional “especial o excepcional” y (h) Recurso Agravio Constitucional contra pronunciamientos que afectan la continuación del proceso principal.
2. Mientras el artículo 202, inciso 2) de la Constitución determina que corresponde al Tribunal Constitucional conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento y el artículo 18 del Código Procesal Constitucional establece que contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede Recurso de Agravio Constitucional ante el Tribunal Constitucional; de las resoluciones determinadas en el presente trabajo se aprecia que el Tribunal Constitucional habría reformado el artículo 202, inciso 2) de la Constitución al permitir que el Recurso de Agravio sea procedente en ciertos casos en contra de resoluciones estimatorias de segundo grado, pudiendo ser interpuesta por la parte demandada o por un tercero ajeno al proceso en las condiciones determinadas expresamente por el Tribunal, o por el Procurador Público del Ministerio Público.
3. Igualmente, el Tribunal Constitucional considera que en determinados casos es procedente el Recurso de Agravio en contra de resoluciones (autos) que no resuelven la instancia (sentencias), aún cuando tales resoluciones no ponen fin a la instancia ya que tienen por finalidad frustrar el proceso; e incluso en ciertos supuestos es procedente el Recurso de Agravio Constitucional en contra de resoluciones del juez de ejecución sin necesidad de apelar ante la Sala (Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional). Como se verá en tales casos tampoco se observa lo señalado por el artículo 202, inciso 2) de la Constitución.



4. Los principales fundamentos que el Tribunal Constitucional esboza para avalar las clases o extensiones procesales del Recurso de Agravio Constitucional anteriormente indicadas son: los principios de “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”, *iura novit curia*, adecuación de las formalidades al logro de los fines del proceso o flexibilidad, igualdad y economía procesal; la defensa de precedentes, doctrina y sentencias; inexistencia de zonas exentas de control; los derechos fundamentales y orden jurídico; y el tráfico ilícito de drogas que afecta al Estado en su conjunto.
5. Los fundamentos del Tribunal Constitucional para variar o ampliar los supuestos procesales del artículo 202, inciso 2) de la Constitución a través de las interpretaciones realizadas en sus resoluciones, si bien pueden ser loables, no resultan suficientes para reformar el mencionado artículo –aún cuando en la práctica pareciera que sí ha actuado de tal forma-, siendo que el artículo 206 de la Constitución establece cual es el procedimiento obligatorio para su reforma, considerándose que tal procedimiento es una garantía de defensa de la propia Constitución, de allí su complejidad.
6. Los efectos jurídicos que tal proceder del Tribunal Constitucional estaría ocasionando serían básicamente la ampliación de los supuestos procesales para la procedencia del Recurso de Agravio Constitucional, más allá de los establecidos por el artículo 202, inciso 2) de la Constitución; la inseguridad jurídica que tal proceder origina en la comunidad en general y la afectación al principio de separación de poderes al atribuirse tácitamente funciones que no le corresponden reformando, en la práctica, el mencionado artículo.
7. Se aprecia que existe una actuación interpretativa del Tribunal Constitucional que excede los límites de tal actividad y que ha motivado los efectos determinados, siendo que si bien existen límites “naturales” –como los convenios y tratados internacionales ratificados por el Perú en materia de derechos humanos y fundamentales, y la propia Constitución- pareciera que se requiere que estos límites sean establecidos expresamente, aunque tal situación ameritaría un trabajo posterior dada la complejidad del tema.



VI. BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS

- ABAD YUPANQUI, Samuel B. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Ed. Gaceta Jurídica.
- AGUILÓ, Josep. (2004). *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima-Bogotá, Ed. Palestra y Temis.
- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. (1992). “La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal”. En: *Estudios de teoría general e historia del proceso*. Tomo II. México, UNAM.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (2005). *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch.
- ARIANO DEHO, Eugenia. (2005). “¿Principio de “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional?”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 11. N° 85. Octubre, 2005. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
- ATIENZA, Manuel. (1997). “Los límites de la interpretación constitucional”. En: *Revista Isonomía*. N° 06. Abril, 1997.
- BARKER, Robert S. (2005). *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*. Lima, Ed. Grijley.
- BLUME FORTINI, Ernesto. (año). “¿Cosa juzgada constitucional?”. En: *¿Guerra de Cortes?* Lima, Ed. Palestra.
- CABANELLAS, Guillermo. (*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*).
- CÁCERES ARCE, Jorge Luis y otros (Consejo Editorial). (2008). *Ponencias desarrolladas en el IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. Arequipa, Ed. Adrus.
- CARNELUTTI, Francesco *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- CARPIO MARCOS, Edgar. “Sentencias interpretativas: la experiencia alemana”. En: *Revista de la facultad de Derecho*.
- CARPISO, Jorge, y FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano*.
- CARPISO, Jorge. (2009). *El tribunal constitucional y sus límites*. Lima, Ed. Grijley.
- CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés (coordinadora). (2004). *Derecho procesal constitucional*. Segunda Edición. Lima, Jurista Editores.
- COLEGIO DE ABOGADOS DE AREQUIPA. (2005). *Ponencias desarrolladas en el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional Arequipa, 22-23-24 de septiembre del 2005*. Arequipa, Fondo Editorial del Colegio de Abogados de Arequipa.
- COUTURE, Eduardo J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición. Buenos Aires, Roque Depalma Editor.



- DE ASÍS ROIG, Rafael. "La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete". En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2. N° 03. Marzo del 2007. Lima, Palestra Editores.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (1998). "El Derecho procesal como tutela de los derechos humanos". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Tomo II. Lima, Industrial Gráfica SA.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. (2004). *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima, Palestra Editores.
- ETOCRUZ, Gerardo. (2008). *El desarrollo del Derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Ed. Gráfica Carvil SAC.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coordinadores). (2009). *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Ed. Idemsa.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "El Derecho Procesal Constitucional como Disciplina Jurídica Autónoma". En: PALOMINO MANCHEGO, José (coordinador). *Derecho Procesal Constitucional Peruano*. Tomo I.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. (1999). *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. México, Ed. Porrúa.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. (2003). *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. Lima, Grijley.
- GARCÍA TOMA, Víctor. (2005). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima, Palestra.
- GARCÍA TOMA, Víctor. (2009). "Nombre del artículo". En: TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (coordinador). (2009). *Código Procesal Constitucional Comentado*. Arequipa, Ed. Adrus.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. (2003). "Los límites de la justicia constitucional". En: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES. (2003). *Constitución: Problemas filosóficos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica.
- GONZÁLEZ CASTRO, Manuel Antonio. *El amicus curia. Su recepción en un sistema republicano de gobierno*.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. (1995). *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos*. México, Ed. UNAM.
- GUASP, Jaime. (1948). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Segunda Edición. Tomo 1. Madrid, Aguilar.
- GUIBOURG, Ricardo A. (2000). "Fuentes del Derecho". En: CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. (2000). *Enciclopedia iberoamericana de Filosofía*. Madrid.
- HÄBERLE, Peter. (2004). "El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional". En: (2004). *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Lima, Ed. Palestra.
- HÄBERLE, Peter. (2004). "El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 01. Enero-junio, 2004. México, Ed. Porrúa.

- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. (2004). "La vinculatoriedad de las resoluciones de la sala constitucional". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 01. Enero-junio, 2004. México, Ed. Porrúa.
- KELSEN, Hans. (1998). *Teoría pura del derecho*. México, Porrúa.
- LANDA, César. (2009). "La autonomía procesal del Tribunal Constitucional". En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coordinadores). (2009). *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Ed. Idemsa.
- LEÓN VÁSQUEZ, Jorge. (2007). "El amparo contra amparo y el principio de autonomía procesal del TC". En: (2007). *El amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente*. Lima, Ed. Palestra.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. (1996). *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I. Bogotá, Ed. Temis.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. (2007). "Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional". En: *Iuris Homnes*. Revista de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Año IX. N° 1. Julio, 2007. Arequipa,
- MONROY GÁLVEZ, Juan. (2008). "Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional". En: (2008). *¿Guerra de las cortes?* Lima, Ed. Palestra.
- MURO ROJO, Manuel (Director). (2006). *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Ed. Gaceta Jurídica.
- ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Ed. Rodhas.
- PALACIOS ALCOCER, Mariano y CASTELLANOS MADRAZO, J. Francisco. *Algunos apuntes sobre la interpretación constitucional*.
- PALOMINO MANCHEGO, José F. (coordinador). (2005). *El Derecho Procesal Constitucional Peruano*. Lima, Ed. Grijley.
- PEREZ ROYO, Javier. (2003). *Curso de Derecho Constitucional*. Novena Edición. Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales SA.
- PUNSET, Ramón. (1996). "Doctrina Constitucional y órganos judiciales". En: *Revista española de Derecho Constitucional*. Año 16. N° 46. Enero-abril de 1996.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal. (2005). *Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional*. Lima, Ara Editores.
- REY CANTOR, Ernesto. (2001). *Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional Procesal, Derechos Humanos*. Bogotá, Ed. Ciencia y Derecho.
- RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. (2003). *La "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas Ediciones.
- RUBIO CORREA, Marcial. (1999). *El sistema jurídico*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RUBIO CORREA, Marcial. (2005). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



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

RUIZ MANERO, Juan. (2000). "Principios Jurídicos". En: CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS. *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Segunda Edición. Madrid, Editorial Trotta SA.

RUIZ MIGUEL, Carlos. *Las aporías del control de la inactividad del legislador*.

SAGÜES, Néstor Pedro y PALOMINO MANCHEGO, José F. (2005). *Imprevisión y Reforma: dos problemas contemporáneos del derecho constitucional*. Lima, Ed. Grijley.

SAGÜES, Néstor Pedro. (1988). *Acción de Amparo*. Buenos Aires, Astrea.

SAGÜES, Néstor Pedro. (2006). "La sentencias constitucionales exhortativas". En: *Estudios Constitucionales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año/vol. 4. N° 002. Noviembre, 2006. Santiago de Chile,

SAN MARTÍN CASTRO, César. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Lima, Grijley.

TICONA POSTIGO, Víctor. *Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I. Lima, Ed. San Marcos.

TORRES ESTRADA, Pedro. (2005). *La autonomía municipal y su garantía constitucional directa de protección*. México, Universidad Autónoma de México.

VÉSCOVI, Enrique. (1984). *Teoría general del proceso*. Bogotá, Ed. Temis.

ZAMBRANO, Pilar. (2009). *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. Primera Edición. México DF., Universidad Nacional Autónoma de México.

INTERNET

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Comentario a la obra *Interpretación Constitucional* de FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. En: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/14/rb/rb15.htm

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=plural

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/cdc.l7p2s1t9.html#c1

<http://www.cidh.oas.org/default.htm>

<http://www.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?opcion=detalle&codigo=5858>

<http://www.tc.gob.pe/>



► SEGUNDO PUESTO

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO

**Dr. LUIS GIANCARLO TORREBLANCA
GONZALES**

211

Juez Titular del Juzgado de Paz Letrado e Investigación Preparatoria de Caylloma – Chivay, con estudios concluidos de Maestría en Derecho con mención en Derecho Empresarial en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, cursando estudios de Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Autor de artículos y ensayos jurídicos publicados en revistas como Datospersonales.org, Actualidad Jurídica, Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Constitucional, Normas Legales.

INTRODUCCIÓN

El ser humano, a través de las computadoras, pretende imitar y automatizar diversos procesos mentales en los que el esfuerzo de un hombre, incluso superdotado, sería insuficiente ya que permiten acumular, recuperar, recibir y transmitir datos automáticamente, en cuestión de segundos. Este tratamiento racional de la información a través de máquinas automáticas ha sido bautizado como informática²⁷¹.

Como se desprende de lo dicho anteriormente, uno de los aspectos más relevantes de la informática es que ha permitido que la información disponible, que antiguamente era tratada de modo manual, sea archivada electrónicamente en bancos de datos de la más diversa índole para los más disímiles fines²⁷², lo que ha generado que la información sea conocida por un mayor número de personas.

En este sentido, hasta hace relativamente poco tiempo atrás ciertas personas durante toda su vida no eran nombradas más que por su pequeño círculo de amigos. *“Su nombre era inscrito posiblemente, en un registro; era conocido si pertenecía a una familia o a un clan; era dado a leer a los viandantes, sobre la lápida sepulcral. Pero a nivel nacional ¿Quién se preocupaba por nombrarle?”*²⁷³.

Actualmente, las personas son nombradas por aquellos que no pertenecen a su círculo familiar, es más, tampoco pertenecen a su círculo de amigos; no obstante, pertenecen a la comunidad económica que busca captar datos relativos a los consumidores de sus productos o servicios, por lo que la sistematización de la información ha adquirido un valor económico importante²⁷⁴, ya que el nombre, el número de celular, el correo electrónico, las últimas compras realizadas, etc., son datos importantes para los proveedores. Todo ello es más notorio con la aparición de Internet, que permite acceder a través de una computadora a información y lugares remotos que en vida tal vez nunca podríamos visitar, y permite establecer contacto entre personas cuya lejanía espacial

²⁷¹ VEGA MERE, Yuri. (1996). *Derecho Privado*. Tomo I. Lima, Editorial Grijley, p. 184.

²⁷² *Ibíd.*, p. 184.

²⁷³ GALLOUEDEC-GENUYS, Françoise y LEMOINE, Philippe. *La informatización: riesgos culturales*. Barcelona, Editorial Mitre, p. 47.

²⁷⁴ Consultar TOFFLER, Alvin. (1994). *La tercera ola*. Madrid, Plaza & Janes, p. 20.



es reemplazada por una cercanía virtual²⁷⁵. Sin embargo, Internet tiene grandes riesgos: no siempre sabemos si la persona con quien nos comunicamos es verdaderamente quien dice ser²⁷⁶ y mucho menos podemos estar seguros de que nuestra relación con la red sea totalmente inocente. Podríamos dar más información personal de la que quisiéramos ofrecer²⁷⁷.

Ello se debe a que estos bancos se nutren, curiosamente, sin que las personas nos demos cuenta de que somos nosotros mismos quienes proporcionamos información sobre distintos hechos que nos atañen; por ejemplo, las declaraciones sobre las rentas percibidas, los requisitos para ser sujetos de crédito, para obtener una visa de viaje o una tarjeta de crédito, las solicitudes para ingresar a una institución o para ocupar un puesto de trabajo, el movimiento de las cuentas corrientes, etc., son algunos de los supuestos en los cuales el sujeto, desapercibidamente, transmite o produce información personal que se almacena en un banco de datos²⁷⁸.

En mayo de 1998, Al Gore encargó a la Federal Trade Commission (FTC) un estudio acerca de la privacidad en Internet. Los desesperantes resultados aparecieron en junio: de 1,400 *websites* comerciales visitados, un 85% recogían y almacenaban datos personales de los visitantes. Sólo un 14% daba alguna indicación acerca de la privacidad de la información recogida y sólo un 2% ofrecía una política a favor de los usuarios²⁷⁹.

Un claro ejemplo de este almacenamiento de datos se dio cuando Double Click (la mayor agencia colocadora de anuncios en Internet) estuvo realizando una labor compiladora de datos sobre los hábitos de navegación cibernética, insertando *cookies* en millones de

²⁷⁵ Al respecto Bill Gates comenta: "Cualquier persona puede enviar ya un mensaje a otra, mediante la Internet, tanto para asuntos de negocios como de educación o formación o simplemente por diversión. Los estudiantes de todo el mundo se pueden enviar mensajes. Los presidiarios pueden entablar animadas conversaciones con amigos con los que nunca se podrán reunir". GATES III, William H. *Camino al futuro*. New York, Editorial Penguin Books, p. 92.

²⁷⁶ En "Camino al futuro" de Bill Gates aparece un notable dibujo de Peter Steiner que muestra a dos perros, uno de los cuales tecleando sobre la computadora comenta a su compañero: "En internet nadie sabe que eres un perro".

²⁷⁷ MENDOZA LUNA, Amílcar Adolfo y RIVERA GODOS, Mariela. "Derecho a la intimidad y los riesgos del uso de la Internet: Técnicas para obtener información privada sin consentimiento del usuario y propuestas para evitarlo a partir del Derecho". En: *Sección de Actualidad Jurídica*. Tomo 95. Lima, Editorial Gaceta Jurídica. Versión virtual.

²⁷⁸ VEGA MERE. (1996). Op. Cit., p. 184.

²⁷⁹ CASACUBERTA, David. "La privacidad en los nuevos medios electrónicos. Aspectos técnicos y sociales". En: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=276> (consultada por última vez el 01 de mayo del 2009).

discos duros de computadoras en todo el mundo. En noviembre de 1999 esta empresa compró Abacus Direct, que era un banco de datos con nombres, domicilios e información acerca de los hábitos de compra no electrónica de 90 millones de hogares. En enero del 2000 empezaron a compilar perfiles que vinculaban a nombres y domicilios de personas reales con sus compras electrónicas y convencionales. Si bien esta política recibió severa resistencia por los defensores de la intimidad de Estados Unidos y asociaciones de consumidores²⁸⁰, es el pan de cada día para las empresas que buscan acceder y almacenar datos de los futuros compradores de sus productos o servicios.

En efecto, el uso indebido de los archivos electrónicos, precisamente por la importancia de la información que pueden contener, sobre todo cuando atañen a la intimidad de la persona, ha eliminado la complacencia y neutralidad que en un primer momento se asumieron frente al progreso que han aportado las computadoras.

De otro lado la información, así como puede ser sistematizada, modificada, procesada, etc., también puede ser manipulada con el claro propósito de establecer un "perfil" de la persona a la cual se refiere, lo que conlleva el peligro de tergiversar la identidad del sujeto, en desmedro de su verdad personal²⁸¹, por lo que la sistematización de datos puede suscitar serios conflictos de intereses cuando afecta los valores fundamentales del ser humano²⁸².

En etapas anteriores de la evolución del ser humano, el respeto a la vida privada podía realizarse mediante el uso de los sentidos tales como la vista y el oído. Se permanecía así dentro de los límites de las relaciones naturales. Los muros de una casa, la soledad de un lugar desierto, incluso el tono expresivo oral de un susurro, eran suficientes para asegurar la protección de la intimidad y para excluir el conocimiento y la difusión de las acciones y de las palabras de un individuo o de varias personas unidas entre sí por el vínculo de la confianza. Hoy es posible observar y escuchar a distancia, sin límites de tiempo, de espacio o de modo; se pueden realizar fotografías en la noche, establecer comunicación simultánea de imagen y sonido con distintos lugares gracias a los circuitos televisivos, dejar involuntariamente el testimonio registrado de la propia imagen o de las conversaciones mantenidas e, incluso, se pueden confesar los propios pensamientos

²⁸⁰ ROSEN, Jeffrey. (2000). "La intimidad amenazada". Artículo del New York Times reproducido en: *Expreso*. Edición del 12 de mayo del 2000, p. 27.

²⁸¹ VEGA MERE. (1996). Op. Cit., p. 185.

²⁸² *Ibidem*, p. 186.



sin el uso de la tortura física y casi inadvertidamente²⁸³, por lo que si bien nuestros datos eran inofensivos en el pasado porque se encontraban dispersos y era imposible su tratamiento sistematizado por cuanto debían ser tramitados y almacenados de manera manual, hoy en día vemos que la informática, al permitir el levantamiento y transmisión de esas informaciones, plantea serias dudas cuando su utilización hace posible la creación de una “imagen” del sujeto²⁸⁴.

En este sentido, se hace de especial importancia la regulación constitucional del uso de la información contenida en las bases de datos, ya que en los tiempos que vivimos, la informática ha traído consigo la existencia de un nuevo derecho constitucional, como es “el derecho fundamental a la protección de datos”, el mismo que será materia del presente trabajo de investigación.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Ante la importancia que ha cobrado el manejo de las bases de datos, la doctrina ha ido desligando el derecho a la protección de datos de otros derechos como el derecho a la intimidad, el buen nombre, el honor, etc., por lo que hoy podemos hablar de un derecho fundamental autónomo.

En este mismo sentido la legislación iberoamericana ha separado el derecho a la protección de datos de otros derechos fundamentales, lo cual se ha visto reflejado en la jurisprudencia constitucional iberoamericana.

Sin embargo, en nuestro país, tras una larga tradición constitucional unificadora entre el derecho fundamental a la protección de datos y el derecho a la intimidad, se emitió una norma infraconstitucional que pretendía romper esta unión; no obstante, no se ha logrado este cometido, por lo que se hace necesario modificar nuestra Carta Magna a fin de incluir al derecho fundamental a la protección de datos como un derecho autónomo ya que, de lo contrario, continuaremos con la tradición unificadora y restrictiva que se ha visto reflejada en las sentencias del Tribunal Constitucional.

²⁸³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. (1993). “Dilemas actuales de la protección de la intimidad”. En: *Ius et Praxis*. N° 21-22. Lima, Universidad de Lima, pp. 19-20.

²⁸⁴ VEGA MERE. (1996). Op. Cit., p. 184.

Por todo lo dicho, el objetivo general del presente trabajo de investigación es proponer una reforma constitucional que desarrolle los alcances del derecho fundamental a la protección de datos para lo cual, en el primer capítulo buscaré desarrollar la trascendencia del derecho fundamental a la protección de datos en la doctrina nacional y extranjera, comparándolo con el desarrollo alcanzado en la legislación y jurisprudencia iberoamericana para en el segundo capítulo, finalmente, establecer un paralelo entre la doctrina, la legislación y jurisprudencia iberoamericana y la legislación y jurisprudencia peruana, examinando las virtudes y defectos de ambas.

RESUMEN

En el presente trabajo busco establecer que, según la doctrina, el derecho a la protección de datos es un derecho autónomo con respecto al derecho a la intimidad y que comprende los principios de libertad informática, el cual garantiza el acceso, la actualización y rectificación de la información contenida en las bases de datos; el principio del consentimiento del titular para la recolección de sus datos; el principio de finalidad de la información recolectada y el principio de garantía, tanto en su deber positivo como impedimento de acceso, como en su deber negativo para evitar conductas que pongan en peligro las bases de datos.

Asimismo, busco establecer que existe una tendencia al reconocimiento de la autonomía del derecho fundamental a la protección de datos en las Constituciones y legislaciones Iberoamericanas, lo que se ha visto reflejado en gran parte de los Tribunales Constitucionales Iberoamericanos y en las Cortes Supremas Iberoamericanas, que acogen la defensa del derecho fundamental a la protección de datos como un derecho autónomo, aceptando los principios de libertad informática; consentimiento del titular; finalidad; y el de garantía. Posteriormente, busco establecer que en el Perú no existe un desarrollo constitucional del derecho a la protección de datos, ya que el mismo ha estado unido a otros derechos como a la intimidad, el honor, la buena reputación y el acceso a la información, y que la ley sobre protección de datos personales también ha mantenido esta unión, relegando a la protección de datos a una derivación de otros derechos fundamentales y sosteniendo que la Administración Pública puede restringirlo sin la intervención judicial, razón por la cual se hace imprescindible la inclusión constitucional del derecho a la protección de datos.



I. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN IBEROAMÉRICA

I.1. Una aproximación al concepto del derecho fundamental a la protección de datos

I.1.a) Antecedentes

El derecho fundamental a la protección de datos tiene su más remoto antecedente en Alemania, cuando en 1970 se aprobó la Ley de Land de Hesse, considerada como la primera ley de protección de datos en el mundo. Todo comenzó en junio de 1969 cuando un diario alemán publicó un artículo en el cual se advertía los peligros que la informática planteaba a los derechos de los ciudadanos. El artículo concluía estableciendo la necesidad de una ley, lo que motivó que el Primer Ministro del Estado alemán, Hesse, creara una comisión que elabore un proyecto de ley sobre las bases de datos públicos²⁸⁵.

El gobierno de entonces trataba de persuadir a la población de las ventajas de contar con un banco de datos centralizado con el siguiente mensaje: “Si usted maneja en la ruta y tiene un accidente (...) con un solo acceso al ordenador será posible conocer sus antecedentes, etc. Las chances de sobrevivir se incrementarán significativamente (...)”. Sin embargo, los más aguzados podían advertir el peligro que representaba la recolección sin límites de sus datos, asunto que trascendió al debate de la opinión pública a través de la prensa.

El citado proyecto dio lugar a la Ley de Land de Hesse, la misma que marcó el comienzo de un recorrido que culminaría en la *Datenschutz* federal alemana, promulgada el 27 de febrero de 1977, conocida como BDGS, título abreviado de *Bundesdatenschutzgesetz*, que encarga la supervisión y control del cumplimiento de esta ley a un Comisario Federal ubicado en cada departamento administrativo o empresa privada que elabore esta información.

Trece años después, la Corte Constitucional Alemana acuña el término “autodeterminación informativa” en la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 15 de diciembre de 1983, que declaró inconstitucionales algunos artículos de la Ley del Censo de la República Federal Alemana, en razón del excesivo número de datos o informaciones solicitadas a los ciudadanos (recolección indiscriminada de datos) para ser sometidos a tratamiento informatizado, con la advertencia de aplicar multas a los renuentes. Esto suscitó una alarma social en los estratos de la sociedad alemana y dio lugar a una

²⁸⁵ BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique. (2007). “El derecho a la autodeterminación informativa, Internet y nuevas tecnologías”. En: (2007). *El Derecho frente a la ciencia y la Tecnología. Libro Homenaje a César Delgado Barreto y César Fernández Arce*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 109.

oposición organizada, pues se sospechaba que el gobierno pretendía un control sobre las actividades y condiciones personales de los ciudadanos. El Tribunal Federal, a partir del derecho general de protección de la persona (artículo 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental de Bonn), sobre la facultad del individuo, introdujo la idea de la autodeterminación; es decir, de decidir básicamente por sí mismo, cuando y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida²⁸⁶.

De uno de los considerandos de dicha sentencia podemos leer:

“Quien no sabe con suficiente seguridad qué datos relativos a su persona son conocidos en ciertos sectores de su entorno y no puede estimar aproximadamente qué conocimiento posee su interlocutor, puede verse limitado en su libertad de planear y decidir con autodeterminación. Un orden social y un orden legal en el que los ciudadanos no saben quién sabe qué cosa y en qué circunstancias sobre ellos, no es compatible con el derecho a la autodeterminación informativa (...) el derecho fundamental (del desarrollo de la personalidad) garantiza la propiedad del individuo de determinar él mismo acerca de la cesión y usos de sus datos personales (...) De este modo, un dato carente de interés en sí mismo, puede cobrar un nuevo valor de referencia y, en esta medida, ya no existe, bajo las condiciones de la elaboración automática de datos, ninguno “sin interés”. A consecuencia de lo que antecede, el grado de sensibilidad de las informaciones ya no depende únicamente de si afectan o no procesos de la intimidad. Hace falta más bien, conocer la relación de utilización de un dato para poder determinar sus implicancias para el derecho de la personalidad. Sólo cuando reine la claridad con la finalidad con la cual se reclaman los datos y que posibilidades de interconexión y de utilización existentes se podrá contestar la interrogante sobre la licitud de la restricciones del derecho a la autodeterminación informativa”²⁸⁷.

Como vemos, para el Tribunal Alemán, tratándose del derecho a la autodeterminación informativa, no sólo es importante la información llamada “sensible”, es decir, la relativa a los aspectos reservados de una persona, sino también los datos e información que no tengan ese carácter pero que unidos o interrelacionados con otros pueden proporcionar determinado perfil psicológico o características esenciales que pueden afectar los derechos de dicha persona.

²⁸⁶ Ibidem, p. 110.

²⁸⁷ Ibidem, p. 111.



Si bien Alemania ha tenido la primera ley de protección de datos, cabe mencionar que el primer proyecto normativo en la materia fue la propuesta de la ley británica sobre el control del proceso de datos denominado *Data Surveillance Bill* de 1969, tendiente a impedir cualquier intromisión en la vida privada de las personas por medio del uso abusivo de informaciones elaboradas por servicios electrónicos. Posteriormente, en 1970, el gobierno británico nombró a un comité presidido por K. Younger que publicó un interesante *Report*. En 1975 el ministro del interior presentó al Parlamento un libro blanco sobre *Computers and Privacy*. En 1976 entró en funcionamiento un nuevo comité para la protección de datos presidido por N. Lindop, que culminó sus trabajos con la presentación de un nuevo *Report* pero ningún texto legislativo. Ahora bien, estas iniciativas y proyectos han creado un clima propicio para que en el seno de la *Commonwealth* británica, Nueva Zelanda aprobara en 1976 su *Wangana Computer Centre Act* y un año más tarde Canadá promulgara el *Human Rights Act*. En Estados Unidos entró en vigor en 1970 el *Fair Credit Reporting Act* dirigido a proteger a los clientes de las sociedades de crédito frente a un uso indebido de las informaciones contenidas en sus bancos de datos limitando, o en su caso, prohibiendo el procesamiento y la transmisión de determinado tipo de informaciones, en especial de aquellas que pudieran suponer la invasión de la intimidad. Posteriormente, en 1972 se nombró un comité para el estudio del impacto de los computadores en la vida privada, cuyos trabajos inspiraron la *Privacy Act* de 1974. Un año más tarde el Congreso de Estados Unidos nombró una *Privacy Protection Study Commission*, presidida por D. F. Linotes, que realizó una amplia revisión de la *Privacy Act* y y presentó un *Report* en 1977 que inspiró la *Privacy Protection Act* de 1980²⁸⁸.

Otra normativa importante es la “Ley sobre informática. Los ficheros y las libertades” de Francia, promulgada el 06 de enero de 1978. En consecuencia los ciudadanos franceses están protegidos contra el abuso o comercio de datos personales informatizados por una Comisión Nacional para la Informática y las Libertades (CNIL); a ella deben someter sus ficheros todas las entidades y empresas²⁸⁹.

I.1.b) El bien jurídico protegido

Parece evidente que una intromisión en el domicilio a través de un lente fotográfico es una violación de la intimidad en su sentido más clásico, pero también si la misma información es conseguida mediante la recopilación de datos que, de manera aislada e inconexa, son inocuos, y una vez procesados son potencialmente peligrosos; en ese

²⁸⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. (1999). *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. Sexta Edición. Madrid, Editorial Tecnos, pp. 351-352.

²⁸⁹ BLOSSIERS HUME, Juan José. (2003). *Criminalidad informática*. Lima, Editorial Librería Portocarrero, p. 125.

sentido, cabe hablar de una evolución del concepto de intimidad. Si antes para conocer a una persona en sus aspectos más íntimos se requería de un lente potente captando así sus más ocultas emociones, sentimientos y comportamientos que reservaba para sí, en la era tecnológica actual se necesita no ya de lentes sino de ordenadores cada vez más potentes para entrelazar esos datos, aparentemente inocuos al estar sustraídos del conocimiento individual pero verdaderamente reveladores. En ese sentido, para quienes sostienen este parecer²⁹⁰, la protección de datos no es más que una nueva faceta de la intimidad ante las posibles agresiones potencialmente realizables gracias a la informática. Por otro lado, hay quienes sostienen que la intimidad es una manifestación de la vida privada y por ende, el derecho a la protección de datos es parte de la vida privada de las personas, así Martínez de Vallejo define a la privacidad como un aspecto englobante de la intimidad al cual se entra una vez que esta intimidad es no solo exteriorizada sino también comunicada. Para esta autora, el recurso a consagrar como nuevo derecho fundamental a la protección de datos resulta cuando menos cuestionado, si una vez comunicado el dato íntimo, se ingresa a la relación de privacidad merecedora de tutela por el ordenamiento²⁹¹.

No obstante, discrepamos de este pensamiento ya que Martínez de Vallejo considera que el derecho de protección de datos se encarga de tutelar la intimidad exteriorizada y comunicada a terceros, por lo que no se hace necesario el recurso a un nuevo derecho; sin embargo, los datos protegidos no tienen que ser íntimos, basta que sean personales, por lo que no se puede hablar más de intimidad sino que se tendría que recurrir siempre a un nuevo derecho²⁹².

Por estos motivos, nos aunamos a la postura que aboga por la configuración de un derecho nuevo, autónomo y distinto a la intimidad aunque relacionada con ella: el derecho a la autodeterminación informativa, de raigambre germana, por su especial relevancia desde la sentencia del 15 de diciembre de 1983 del Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante TCFA) sobre la Ley del Censo de 1982. Como vimos anteriormente, el razonamiento en aquel caso se basó en el poder de autodeterminación del ser humano para actuar de acuerdo a su convicciones. A través de la autodeterminación

²⁹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. “Informática y Libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución Española”. En: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_024_033.pdf, consultado por última vez el 01 de mayo del 2009; FROSINI, Vittorio. “Banco de datos y tutela de la persona”. En: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_030_022.pdf, consultada por última vez el 01 de mayo del 2009.

²⁹¹ MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca. “La Intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger”. En: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837217548924839654435/cuaderno13/doxa13_11.pdf, consultada por última vez el 01 de mayo del 2009.

²⁹² LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. “Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa”. En: <http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/lucas.pdf>, consultada por última vez el 01 de mayo del 2009.



los individuos tienen la libertad para decidir sobre las actividades que están llevando a cabo, incluyendo la posibilidad de comportarse efectivamente de conformidad con esa decisión. Por ello, la Ley del Censo de 1982 fue declarada inconstitucional por cuanto la recolección de datos sin saber a ciencia cierta el destino de su tratamiento, a juicio del TCFA, imponía un orden social en el que las personas no sabrían quién, qué, cuándo y en qué circunstancias se sabe sobre ellos. La autodeterminación informativa consiste precisamente en reconocer la capacidad de los individuos para decidir por sí mismos, cuándo y dentro de qué límites son públicos los asuntos de la vida personal; del mismo modo, se concretiza en la capacidad para determinar la transmisión y empleo de sus datos personales²⁹³.

En este sentido, el derecho a la protección de datos no sólo protege, indirectamente, a la intimidad, sino que además protege que los datos expuestos sean correctos, por lo que existe un derecho a actualizar, rectificar o incluso excluir los datos contenidos en una base de datos, con lo que la protección a los datos sensibles (que afectan la intimidad) se convierte en una especie del género mayor de protección de cualquier dato, concepción que tomamos como punto de partida para el presente informe de investigación.

I.1.c) Los alcances de este nuevo derecho

Los alcances del derecho fundamental a la protección de datos se dan en cuatro principios:

- Principio de la libertad informática. Este principio busca reconocer a los seres humanos el derecho de controlar la información que sobre su persona se encuentre en soportes informativos públicos o privados, estos últimos siempre y cuando sean de pública difusión a terceros. La facultad de control de la información, a su vez, está compuesta de diversos aspectos tales como: acceder a la información; actualizar y/o cancelar la información existente en las bases de datos; y rectificar y/o corregir la información personal de toda índole²⁹⁴.
- i. Acceso. Este contenido de la libertad informática también se llama “persecutoriedad de la información”; es decir, el derecho a obtener el récord

²⁹³ VELEZMORO P., Fernando. (2006). “La protección de datos personales, la discusión sobre el bien jurídico tutelado y la posición del Tribunal Constitucional”. En: *Sección de Actualidad Jurídica*. Tomo 150. Lima, Editorial Gaceta Jurídica. Versión Virtual.

²⁹⁴ SORIA LUJÁN, Daniel. “Reflexiones sobre algunos aspectos procesales y jurisprudenciales del hábeas data”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales*. Tomo 28. Octubre del 2003. Lima, Editorial Gaceta Jurídica. Versión virtual.

histórico de todos los tratamientos, cesiones, y personal a cargo desde su recolección originaria hasta la actualidad.²⁹⁵

Este contenido ha tenido su propio desarrollo histórico. En un primer momento era obligación del encargado del registro o banco de datos el comunicar en forma individual a todas aquellas personas cuyos datos personales se hallan en él, incluyendo los casos en los cuales el propio afectado había habilitado la información. Este criterio fue abandonado paulatinamente debido a que el resultado de esta actividad no garantizaba una protección mayor de los datos personales. En la actualidad se utiliza una interpretación más restrictiva y cercana al derecho de acceso, que consiste en que los titulares del registro o banco de datos transmitan una comunicación sobre la información en su poder, previa solicitud del afectado. Esta comunicación debe cumplir con ciertos requisitos. Por ejemplo, realizarse de forma tal que resulte clara para un individuo sin conocimientos avanzados de informática. El lapso que transcurra entre el envío de la solicitud y la comunicación debe ser razonable²⁹⁶.

De lo dicho podemos afirmar que las personas tienen el derecho de acceder a los ficheros que contienen datos individuales, así como el propósito o finalidad que se persigue con la creación de ellos, la identidad y domicilio de su titular o responsable y si tal fichero va a entrar a formar parte de la circulación internacional de datos. El acceso no sólo está referido a los datos contenidos al fichero, sino que además comprende un acceso a toda la información relacionada al fichero.

- ii. Actualización. Los datos recolectados en las diversas bases de datos deben ser actuales, de tal suerte que no produzcan una imagen atrasada o desfasada de la persona. Por ello es que las legislaciones deben permitir el acceso para una verificación, pudiendo actualizarse cualquier dato que no corresponda a la realidad²⁹⁷. Ello significa que este derecho está referido a la posibilidad de solicitar la actualización de datos que no correspondan con el desarrollo personal de cada individuo²⁹⁸.

²⁹⁵ Ibidem.

²⁹⁶ BECERRA PALOMINO. (2007). Op. Cit., p. 133.

²⁹⁷ MORALES GODO, Juan. (1995). *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Lima, Editorial Grijley, p. 236.

²⁹⁸ BECERRA PALOMINO. (2007). Op. Cit., p. 134.



Por ello podemos decir que el derecho a la protección de datos busca que los datos sean completos y actualizados, ya que existe una serie de dependencias que pueden no tener al día los datos relativos a una persona, por el mismo hecho de que el ser humano es libre y por ello cambia, de tal suerte que no puede manejarse una información que no está actualizada y que puede estar distorsionando la identidad de la persona²⁹⁹.

- iii. *Rectificación y/o corrección*. Una consecuencia del derecho de acceso a registros y bancos de datos, públicos o privados, manuales o automatizados, es la posibilidad de que el afectado se encuentre con que los datos sobre su persona, existentes en ellos, sean inexactos, incorrectos u obsoletos. El ejercicio del derecho a rectificar tiene como meta a los datos de personales reales y no a meros juicios de valor o comentario fundados en aquellos³⁰⁰.

También suele llamarse a este aspecto de la libertad informática como “principio de exactitud, o verdad de los datos”, esto es, que los datos reflejen auténtica y fehacientemente la información que compilan y transmiten. Se relaciona con la actualidad del registro, en virtud de que los datos se deben guardar y conservar al día obligando, en consecuencia, a un trabajo permanente de control sobre ellos³⁰¹. La corrección de estas posibles desviaciones del uso de la informática ha sido objeto de leyes en un importante número de sociedades informatizadas, en las cuales el rol protagónico del ordenador se remonta a varios lustros³⁰², por lo que el derecho de *rectificación* se justifica en la necesidad de asegurar la calidad de los datos personales o familiares que obran en una base de datos o registro informático, pudiéndose exigir la rectificación de los datos erróneos o inexactos e integrar los datos que se encuentren incompletos. Por su parte, el derecho de *cancelación* se justifica bien por la falta de relevancia actual de la información para los fines del banco de datos o, simplemente, por el propósito de permitir al titular que recupere la disponibilidad sobre cualquier faceta de su personalidad, o sobre todas, que figurasen la memoria informática³⁰³.

- Principio del consentimiento. Existe una serie de datos cuya recolección debe prohibirse, salvo excepciones justificadas, como por ejemplo datos referentes a la raza, religión, salud, costumbres sexuales, opiniones políticas, uso de estupefacientes, etc. Fuera de estos datos sensibles, la recolección de otros datos debe ser con autorización, conocimiento y consentimiento del interesado y deberá limitarse al mínimo necesario para alcanzar el fin perseguido con la recolección³⁰⁴.

El derecho a la libre disposición de los datos personales supone recrear un derecho fundamental que, derivado del derecho a la autonomía privada del hombre, le permite resolver por sí mismo el tratamiento que quiera asignar a los datos que sobre su persona se almacenen con destinos diferentes³⁰⁵. El libre consentimiento de la persona le asegura un poder especial sobre los bancos de datos, en la medida en que sobre la autorización, como acto expreso y voluntario, giran los demás derechos³⁰⁶.

En este sentido, la autorización o consentimiento consiste en un acto expreso del titular de los datos por el cual está de acuerdo en ser incorporado a un banco de información personal. Antes de prestarlo debe ser informado sobre la finalidad que el archivo persigue y el destino que tendrán sus datos. El acto es una manifestación de voluntad y como tal se rige para su legalidad y posible anulabilidad por las reglas del Código Civil. Debe ser expreso, lo cual significa que ha de ser escrito, sin importar que se preste a través de un formulario con cláusulas predispuestas³⁰⁷.

Esta autorización tiene dos consecuencias importantes: de un lado significa que la persona dispone sobre su privacidad como prefiera, reservando los aspectos que quiera mantener como confidenciales y permitiendo otros que autoriza a darles publicidad. Por otro lado supone que a través del consentimiento mantiene una suerte de control activo sobre el banco de datos³⁰⁸.

- Principio de la finalidad. El uso de la información acumulada no representaría ningún peligro si fuera exclusivamente utilizada para los fines estrictos para los cuales fue requerida, o si la transferencia de los datos acopiados no implicara ningún riesgo para la tranquilidad de la persona³⁰⁹. Por ello, existe un interés de estar informado

²⁹⁹ MORALES GODÓ. (1995). Op. Cit., p. 235.

³⁰⁰ BECERRA PALOMINO. (2007). Op. Cit., p. 134.

³⁰¹ GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo. (2002). *HABEAS DATA (Ley 25.326 y reglamentación)*. Santa Fé, Editorial Rubinzal Culzoni, p. 200.

³⁰² VEGA MERE. (1996). Op. Cit., p. 185.

³⁰³ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. (1990). *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid, Editorial Tecnos, p. 188.

³⁰⁴ MORALES GODÓ. (1995). Op. Cit., p. 236.

³⁰⁵ GOZAÍNI. (2002). Op. Cit., p. 57.

³⁰⁶ *Ibíd*em, p. 266.

³⁰⁷ *Ibíd*em, p. 265.

³⁰⁸ *Ibíd*em, p. 266.

³⁰⁹ VEGA MERE. (1996). Op. Cit., p. 185.



de lo que se pretende hacer con los datos recopilados, ya que los datos forman parte de la identidad personal, de tal suerte que es menester que la persona esté informada respecto a cuál será el uso que se le dará a dicha información³¹⁰.

En este sentido, la recolección de datos deberá tener una finalidad general y usos específicos socialmente aceptables. El artículo 1 de la ley francesa señala que: *“La informática deberá estar al servicio de cada ciudadano. Su desarrollo deberá tener lugar dentro del marco de cooperación internacional. No deberá atentar a la dignidad humana ni a los derechos del hombre ni a la vida privada ni a las libertades individuales o públicas”*. Este artículo se explica por sí solo, y traduce el principio en comentario que permite el uso equilibrado y razonable de la informática en razón de los intereses del propio ser humano, nunca en contra de él³¹¹.

Es que finalidad se relaciona con “pertinencia”, por eso suele llamarse a este principio con cualquiera de ambas referencias. En las dos significa que el archivo está autorizado para registrar datos solamente en la actividad prevista al tiempo de su creación. A veces se denomina principio de “unicidad”, por el cual se entiende que la finalidad exige conocer desde el primer momento las razones por las que se recaban datos, justificándose así la necesidad de obtener y procesar algún tipo de información sensible³¹².

De lo dicho podemos concluir que ningún archivo puede coleccionar datos que no estén vinculados con el fin que persigue su objeto, y de serlo surge un nuevo impedimento para la interconexión en la medida en que está prohibido desviar la información de su propósito original. Asimismo, la permanencia del dato debe estar relacionada con los motivos de su registro, y mantenerse en él hasta que el mismo se alcance³¹³.

- Principio de garantía y/o seguridad. Los bancos de datos deben resguardar la seguridad de sus archivos, para evitar accesos no autorizados, o la penetración de la red informática por personas distintas a las que administran y están autorizadas para hacerlo³¹⁴; asimismo, deben garantizar el uso adecuado de la información contenida. Es decir, el problema de la seguridad del archivo tiene dos facetas importantes: una

atiende la protección de los datos en particular; la otra el especial cuidado que se deben tener con las personas que tratan la información y custodian la seguridad general del archivo. En líneas muy amplias, este principio persigue el estricto cumplimiento de los derechos a la reserva y confidencialidad de la información personal almacenada, propiciando que los responsables del tratamiento de los datos resuelvan los riesgos de filtración, inmiscusión directa, robo de información, y eventualmente, la pérdida parcial, destrucción total, o alteración de las bases³¹⁵.

De lo dicho se puede desprender que este principio origina un problema que aparece con la seguridad que manifiesta el archivo en su calidad intrínseca; en suma, se trata de asegurar la confianza de las personas sobre la reserva y confidencialidad que mantiene el banco de datos que almacenó informaciones personales. Para ello es necesario afianzar la responsabilidad del registro en tres niveles sucesivos: a) controles realizados sobre las personas que trabajan para el archivo y toman conocimiento de los datos personales de otros; b) qué se hace para asegurar el sistema informático en sí mismo, y; c) cómo se controla o impide el ingreso de terceros (directo o indirecto) a las bases de datos³¹⁶.

Por lo que este principio importa dos deberes: un deber positivo de protección de la intimidad de los individuos cuando lo que se pretende es acceder a la información relativa a los datos personales por alguien que no sea el afectado; y por otro, un deber negativo de abstención de conductas que pongan en peligro la información contenida en las bases de datos³¹⁷.

³¹⁰ MORALES GODÓ. (1995). Op. Cit., p. 235.

³¹¹ *Ibidem*, p. 236.

³¹² *Ibidem*, p. 197.

³¹³ *Ibidem*, p. 198.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 203.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 204.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 204.

³¹⁷ LUNA CERVANTES, Eduardo. (2003). “El Hábeas Data y los derechos en él protegidos. A propósito de una reciente sentencia del TC”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales*. Tomo 28. Octubre del 2003. Lima, Editorial Gaceta Jurídica. Versión virtual.



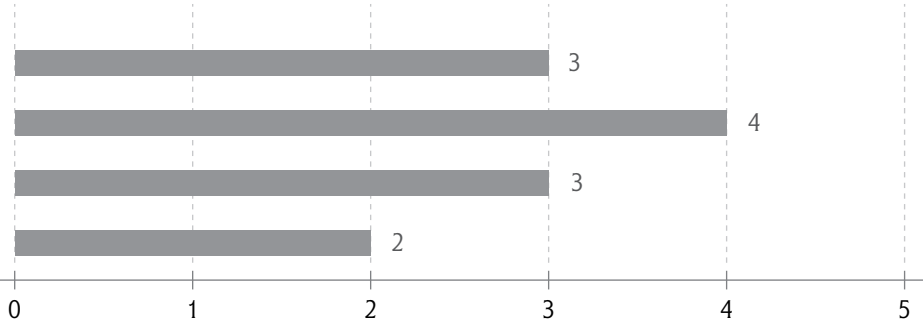
II. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA IBEROAMERICANA

II.1. En la Legislación Iberoamericana

II.1.a) Análisis global

Gráfico N° 1

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS



	CONSTITUCIÓN	LEY	CONSTITUCIÓN Y LEY	PROYECTO DE LEY
Series 1	2	3	4	3

Después de realizada la búsqueda en Internet y/o bibliotecas locales y virtuales, se ha tenido acceso a la legislación de doce países iberoamericanos como son: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, México, Nicaragua, República de Panamá, Uruguay y Venezuela, legislaciones que han sido analizadas a fin de establecer si la regulación al derecho fundamental a la protección de datos se ha realizado a nivel constitucional o infraconstitucional, así como los principios materia de protección (ver Gráfico N° 1).

De este análisis hemos podido establecer que Colombia y Venezuela han incluido en sus respectivas Constituciones el derecho fundamental a la protección de datos, no obstante, no han dictado regulación legal de dichos derechos, a pesar de que en el caso de Colombia ya se viene discutiendo un proyecto de ley sobre protección de datos.

Por otro lado, Chile, España y Uruguay han incluido y desarrollado el derecho fundamental a la protección de datos pero de manera infraconstitucional, es decir, a través de normas legales; no obstante y como se verá más adelante, esto no ha sido impedimento para

que sus Tribunales Constitucionales hayan realizado interpretaciones extensivas de las normas constitucionales para abarcar al derecho fundamental a la protección de datos.

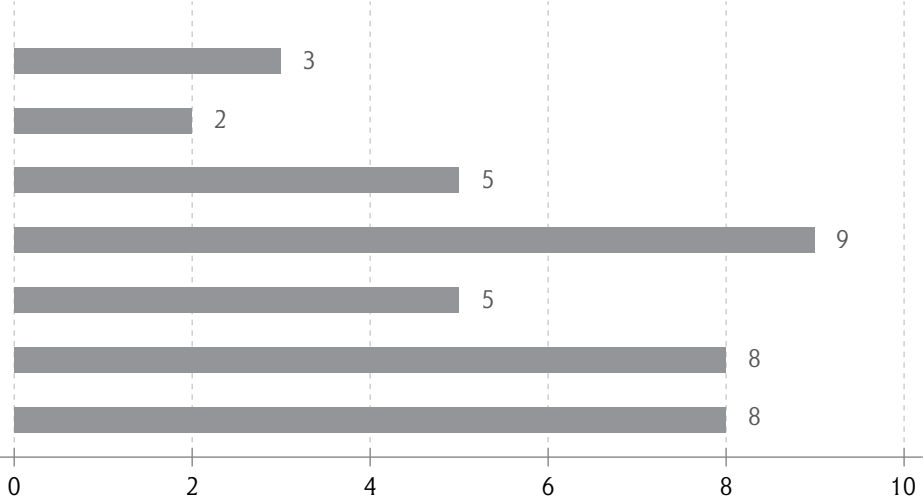
Argentina, Ecuador México y Panamá son los países iberoamericanos que han alcanzado una regulación constitucional y legal del derecho fundamental a la protección de datos.

Costa Rica, El Salvador y Nicaragua no han desarrollado protección constitucional del derecho fundamental a la protección de datos y tampoco han alcanzado una legislación en la materia; no obstante, se están discutiendo proyectos de ley sobre este importante derecho, estando muy avanzada su aprobación en el caso del Proyecto de Ley de Costa Rica.

Asimismo, un dato importante es que de los seis países que han reconocido constitucionalmente el derecho a la protección de datos, todos ellos lo han diferenciado del derecho a la intimidad; es decir, reconocen la existencia de un nuevo derecho fundamental. Por otro lado, tanto los tres países que gozan de una ley de protección de datos como los tres países que vienen discutiendo un proyecto de ley en este sentido, han marcado un alejamiento del derecho a la protección de datos del derecho a la intimidad.

Gráfico N° 2

PRINCIPIOS ACOGIDOS



	LIBERTAD INFORMÁTICA	CONSENTIMIENTO	FINALIDAD	SEGURIDAD Y/O GARANTÍA	CALIDAD DE DATOS	TEMPORALIDAD	GRATITUD
Series 1	8	8	5	9	5	2	3

En este segundo gráfico podemos observar que ocho países iberoamericanos han reconocido al principio de la libertad informativa como parte del derecho fundamental a la protección de datos, incluyendo aspectos como el acceso, actualización y/o rectificación de datos.

Otros ocho países han establecido la importancia del consentimiento como principio fundamental de la protección de datos, no pudiéndose concebir una base de datos como legítima sin que exista el consentimiento del titular de los mismos.

Los textos normativos de cinco países han señalado que los datos deben estar archivados para una finalidad determinada, no pudiéndose utilizar estos datos en una finalidad diferente para la que estas bases fueron creadas.

Nueve países han establecido que los responsables de las bases de datos deben prestar seguridad y/o garantía sobre los datos que mantienen en su custodia, por lo que tienen responsabilidad ante cualquier efecto nocivo que estos acusen.

Hasta este momento las legislaciones iberoamericanas han seguido o mejor dicho, han acogido el desarrollo doctrinal del derecho fundamental a la protección de datos; no obstante, estas legislaciones han ido más allá ya que han incluido los principios de calidad de datos (cinco legislaciones afirman que los datos sensibles deben ser excluidos de manera definitiva de las bases de datos, ya que ellos pueden conllevar la discriminación en sus diversas formas), temporalidad (dos legislaciones han establecido que los datos no pueden estar incluidos en una base de datos de manera perpetua, ya que es necesario establecer el tiempo por el cual formarán parte de la misma) y la gratuidad (tres legislaciones han establecido que el acceso a la información contenida en una base de datos debe ser gratuita).

II.1.b) Legislación por cada país

ARGENTINA		
CONSTITUCIÓN	NORMA GENERAL	PRINCIPIOS CONTENIDOS
<i>"Artículo 43.- Toda persona podrá interponer acción de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o banco de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".</i>	Ley Nº 25.326: Ley de Protección de los Datos Personales. Ley Nº 26.343: Incorporación del artículo 47 a la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales. Ley Nº 26.388: Reforma del Código Penal en materia de Delitos Informáticos. Deroga y modifica algunos incisos introducidos por el artículo 32 de la Ley 25.326 al Código Penal.	• Licitud - calidad de los datos. • Consentimiento. • Información - acceso. • Los datos relativos a la salud deben respetar el secreto profesional. • Principio de seguridad o protección de los datos.
CHILE		
CONSTITUCIÓN	NORMA GENERAL	PRINCIPIOS CONTENIDOS
No existe norma expresa, pero la construcción jurídica de la protección de datos personales se basa en el artículo 19 Nº 4, inciso primero, de la Constitución Política de la República, que reza: "Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...) 4º.- El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia". La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares".	Ley 19628 (28 de agosto de 1999) modificada por Ley 19812 (13 de junio del 2002).	• Finalidad. • Información - control / Consentimiento. • Calidad de datos. • Temporalidad del tratamiento. • Protección a los derechos de los afectados – garantía.





COLOMBIA		
CONSTITUCIÓN	NORMA GENERAL	PRINCIPIOS CONTENIDOS
El artículo 15 modificado por el acto legislativo N° 02 del 18 de diciembre del 2003 dice lo siguiente: <i>“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.</i>	Mediante la Ley N° 1273 del 05 de enero del 2009 se ha penalizado el acceso abusivo a un sistema informático, la interceptación de datos personales; asimismo, existe el proyecto de Ley Estatutaria 184 del 2010 en el Senado, y 046 del 2010 en Cámara.	• Legalidad. • Libertad. • Veracidad. • Transparencia. • Acceso y circulación restringida. • Seguridad. • Confidencialidad.
COSTA RICA		
CONSTITUCIÓN	NORMA GENERAL	PRINCIPIOS CONTENIDOS
La Carta Constitucional costarricense no contempla, específicamente el derecho a la autodeterminación informativa o el derecho a la protección de datos de carácter personal, como un derecho específico a ser tutelado. Solo existe la previsión tradicional del derecho a la intimidad en su artículo 24 , que consagra la protección al ámbito de intimidad del hogar, de las comunicaciones y de los documentos privados, dejando a la ley la regulación de las interceptaciones telefónicas y el secuestro de documentos.	Proyecto de Ley: “Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales”. Expediente N° 16.679.	• Autodeterminación informativa. • Consentimiento informado. • Calidad de la información.



ECUADOR		
CONSTITUCIÓN	NORMA GENERAL	PRINCIPIOS CONTENIDOS
Artículo 94.- <i>“Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización. La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional”.</i>	Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la información pública , N° 24, de fecha 18 de mayo del 2004. Asimismo, el 22 de marzo del 2010 se ha presentado el proyecto de “Ley de Protección a la intimidad y a los datos personales”, el cual hasta el momento no ha sido aprobado.	• Acceso a la información. • Acceso gratuito. • Reserva de la información pública personal - Principio de garantía.
EL SALVADOR		
CONSTITUCIÓN	NORMA GENERAL	PRINCIPIOS CONTENIDOS
No existe previsión expresa, aunque el artículo 2 de la Constitución establece en su segundo párrafo que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.	No existe una norma general; sin embargo, existe un “ <i>Proyecto de Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, libertad personal, Leyes Nacionales, El Salvador</i> ”, el cual, no ha sido aprobado.	



ESPAÑA		
CONSTITUCIÓN	NORMA GENERAL	PRINCIPIOS CONTENIDOS
Artículo 18.4 de la Constitución Española del 27 de diciembre de 1978. Su texto es el siguiente: <i>“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.</i>	La Ley Orgánica 15/1999 del 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (publicada en el Boletín Oficial del Estado del 14 de diciembre). Esta ley transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva Europea 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de éstos. Asimismo, el Real Decreto 1720/2007 aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.	• Calidad de los datos - Datos especialmente protegidos. • Derecho a la información. • Consentimiento del afectado. • Seguridad de los datos - Deber de secreto. • Finalidad.
MÉXICO		
CONSTITUCIÓN	NORMA GENERAL	PRINCIPIOS CONTENIDOS
El artículo 6, apartado II establece que la información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio del 2007); asimismo, en su apartado III establece que toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de estos.	Ley Federal de protección de datos personales en posesión de los particulares, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05 de julio del 2010.	• Licitud. • Consentimiento. • Información. • Calidad. • Finalidad. • Lealtad. • Proporcionalidad y responsabilidad.



(adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio del 2007). Por otro lado, el 04 de diciembre del 2008, la Cámara de Senadores ha modificado el artículo 16 , incluyendo en la Constitución el derecho de todos los mexicanos a la protección de sus datos personales; al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, y a oponerse a su contenido cuando tengan errores.		
NICARAGUA		
CONSTITUCIÓN	NORMA GENERAL	PRINCIPIOS CONTENIDOS
“Artículo 26.- Toda persona tiene derecho: 1) A su vida privada y a la de su familia. 2) A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones. 3) Al respeto de su honra y reputación”.	Proyecto de Ley de Protección de datos de fecha 3 de marzo del 2008.	• Consentimiento. • Información - Modificación de los datos. • Seguridad - Confidencialidad. • Gratuidad en la modificación.
REPÚBLICA DE PANAMÁ		
CONSTITUCIÓN	NORMA GENERAL	PRINCIPIOS CONTENIDOS
“Artículo 41-A.- Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en bases de datos o registros públicos o privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión, de conformidad con lo previsto en la ley. Esta información sólo podrá ser recogida para fines específicos, mediante consentimiento de su titular o por disposición de autoridad competente. “Artículo 41-B.- Toda persona tiene derecho a solicitar información de acceso público o de interés colectivo que repose en bases de datos o registros a cargo de servidores públicos o de personas privadas que presten servicios públicos, siempre que ese acceso no haya sido limitado por disposición escrita o por mandato de la ley, así como para exigir su tratamiento leal y su rectificación”. (Artículos introducidos por acto Legislativo N° 1, de fecha 27 de julio del 2004)	Ley N° 6 del 22 de enero del 2002 “... que dicta normas para la Transparencia en la Gestión Pública, establece la Acción de Hábeas Data y otras disposiciones”	• Acceso a la información - Corrección o eliminación de la información. • Gratuidad.



URUGUAY		
CONSTITUCIÓN	NORMA GENERAL	PRINCIPIOS CONTENIDOS
No existe precepto constitucional.	LEY N° 17.838. De fecha 24 de septiembre del 2004, por la que se dictan normas para la Protección de Datos Personales a ser utilizados en informes comerciales y se regula la acción de "Habeas Data"	• Consentimiento. • Funcionalidad - Operaciones habituales. • Secreto profesional. • Garantía - Responsabilidad.
VENEZUELA		
CONSTITUCIÓN	NORMA GENERAL	PRINCIPIOS CONTENIDOS
En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 aparece por primera vez la protección de datos consagrada en el ordenamiento jurídico venezolano, en los siguientes términos: "Artículo 28: Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley". "Artículo 60: Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.	No existe norma general	• Acceso a la información. • Finalidad. • Actualización, rectificación y destrucción.



<i>La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos."</i> <i>En cuanto al ejercicio de las acciones de habeas data, éste se encuentra atribuido al Defensor del Pueblo, según lo previsto en el Artículo 281, numeral 3, del mencionado texto constitucional:</i> "Artículo 281: Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo: (...) 3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, habeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley."		
---	--	--

II.2. En la jurisprudencia constitucional iberoamericana

II.2.a) Análisis global

Durante la investigación he podido tener acceso a las sentencias Constitucionales de Brasil, sin embargo, no las he tomado en consideración para el presente trabajo por una cuestión de idioma, ya que están redactadas en idioma Portugués.

Por otro lado, Puerto Rico y República Dominicana no publican sus sentencias constitucionales en la Internet, por lo que tampoco han sido tomadas en consideración para el presente trabajo de investigación.

A pesar de haber tenido acceso a las sentencias constitucionales de México, Guatemala y Honduras, no he logrado ubicar ninguna sentencia que se pronuncie sobre el derecho fundamental a la protección de datos en un caso concreto.

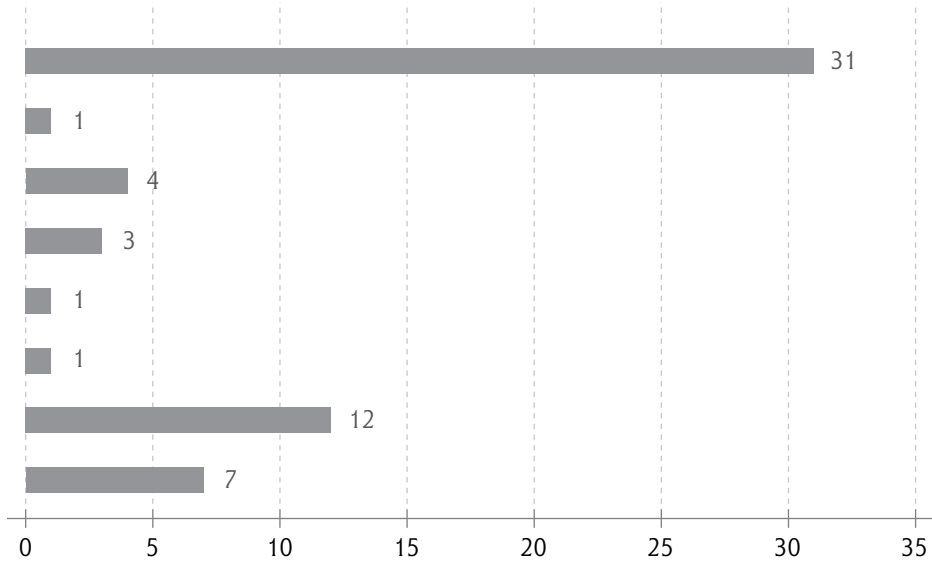
Finalmente, no se ha podido acceder a las sentencias constitucionales de Ecuador ya que su página web presentaba problemas de acceso al momento de realizar el presente trabajo de investigación, asimismo, se han encontrado tres sentencias sobre protección de datos en Chile, no obstante, estas sentencias no han sido tomadas en cuenta para el presente trabajo de investigación por cuanto están referidas a la constitucionalidad de proyectos de ley y no a casos concretos.



De lo dicho, podemos concluir que he tenido acceso a las sentencias de los Tribunales Constitucionales de Bolivia, España y Colombia, asimismo, he podido analizar las sentencias emitidas por las Cortes Supremas de Costa Rica, El Salvador, Panamá, Argentina y Nicaragua, órganos constitucionales en los cuales he encontrado sentencias que resuelven casos sobre el derecho fundamental a la protección de datos distinguiéndolo del derecho a la intimidad, todo ello en la siguiente proporción (ver Gráfico N° 3):

Gráfico N° 3

SENTENCIAS RELEVANTES

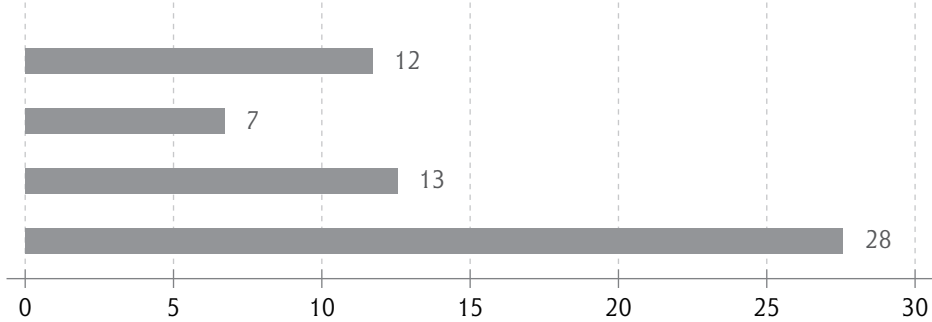


	BOLIVIA	ESPAÑA	COSTA RICA	EL SALVADOR	PANAMÁ	ARGENTINA	NICARAGUA	COLOMBIA
Series 1	3	12	4	1	7	1	1	31

De las sentencias seleccionadas se han analizado los principios que dichas sentencias han reconocido, estableciéndose que 28 sentencias han reconocido la existencia del principio de la libertad informática, 13 han definido al consentimiento como elemento necesario para que los datos accedan a una base de datos; 7 buscan que la información sea utilizada para la finalidad para la cual fue recopilada y otras 12 establecen que el responsable de las bases de datos tiene un deber de garantía frente a los titulares de los datos.

Gráfico N° 4

PRINCIPIOS RECONOCIDOS



	LIBERTAD INFORMÁTICA	CONSENTIMIENTO	FINALIDAD	GARANTÍA
Series 1	28	13	7	12

II.2.b) Una construcción de los principios en base a la jurisprudencia constitucional iberoamericana

- El principio de la libertad informática. La Corte Suprema de Justicia de Panamá³¹⁸ establece que el principio de autodeterminación informativa (o libertad informática) surge como un derecho humano de tercera generación (como emanación o

³¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ. Expediente N° HD472-2002. Publicada en: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.



consecuencia del derecho a la intimidad) encaminado a la protección de la persona como consecuencia de la información contenida en registros informatizados o bancos de datos que le conciernen, y su denominación fue acuñada como consecuencia de su “invención” por el Tribunal Constitucional alemán en 1983, ubicándose el derecho a la autodeterminación del ser humano como el control de su información en archivos informáticos o bancos de datos.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia del Salvador³¹⁹ establece que este principio de libertad informática implica: a) que todo individuo tiene derecho de acceder a la información personal y especialmente a aquella que se encuentre contenida en bancos de datos informatizados; b) que todo individuo ha de tener la posibilidad y el derecho a controlar, de forma razonable, la transmisión o distribución de la información personal que le afecte, c) que debe existir, en el ordenamiento jurídico, un proceso o recurso que permita hacer efectivos los puntos señalados. Todo ello con la finalidad de establecer la estructura mínima que permita el manejo fiable de los datos personales de los individuos que se encuentren en banco de datos mecánicos o informáticos para conservar la veracidad, integridad y actualidad de los mismos; así como la regulación sobre la inaccesibilidad de otras instancias que no comprueben la existencia de una finalidad que justifique suficientemente la pretensión de conocerlos. A continuación analizaremos cada uno de los derechos individuales que otorga el principio de libertad informática, como son:

- i. *El acceso a la información.* La Corte Suprema de Nicaragua³²⁰ establece que este derecho se relaciona al que tiene toda persona a conocer la información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales o privadas, así como a saber por qué y con qué finalidad tienen esa información. Sobre este principio, el Tribunal Constitucional de Bolivia refiere que el derecho a la “autotutela informativa”, deriva directamente del derecho fundamental a la dignidad³²¹, por lo que las personas pueden acceder a la información o registro de datos personales obtenidos y almacenados en un banco de datos de la entidad pública o privada, para conocer qué es lo que se dice respecto a la persona, de manera que pueda verificar si la información y los datos obtenidos

³¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL SALVADOR. Sentencia N° 118-2002. Publicada en: http://www.csj.gob.sv/constitu/jur_base.htm, consultada por última vez el 24 de octubre del 2008.

³²⁰ CORTE SUPREMA DE NICARAGUA. Sentencia N° 80. Publicada en: <http://www.poderjudicial.gob.ni/arc-pdf/boletin1ersemestre2003.pdf>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011).

³²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. Expediente N° 2006-14024-29-RHD. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/expediente14024.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

y almacenados son correctos y verídicos, y si no afectan las áreas calificadas como sensibles para su honor, la honra y la buena imagen personal³²².

Según el Tribunal Constitucional Español³²³ son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales, los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido del reconocimiento del derecho a ser informado de quien posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos, es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional Colombiano³²⁴ ha establecido que no es constitucionalmente admisible que una entidad haya obtenido datos privados e íntimos de una familia y que se niegue a poner en conocimiento de los interesados el uso que se les ha dado, pues tal conducta impone un obstáculo para el acceso a la información.

Por lo que podemos establecer que todos tenemos el derecho a que se nos comunique sin demora la existencia de los ficheros automatizados de datos de carácter personal que dependen de la Administración del Estado, sus finalidades, y la identidad y domicilio de la autoridad responsable del fichero³²⁵.

Como se puede observar, el principio de la libertad informática nos asegura que las personas puedan acceder a la información que, sobre cada uno de ellas, se ha recolectado en una base de datos y, aunque parezca obvio que si los terceros pueden acceder a esta información, con mayor razón el titular debe hacerlo, resultando necesario hacer mención de este derecho, ya que puede darse el caso de que los responsables de la información no la muestren a sus titulares a fin de evitar el control sobre su uso.

³²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. EXPEDIENTE N° 2005-11514-24-RHD. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/expediente11514.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

³²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N° 292/2000. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7467>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

³²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANO. Sentencia T-054/08. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-054-08.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

³²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N° 254/1993. Publicada en: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1993-0254, consultada por última vez el 24 de octubre del 2008.





Asimismo, en caso de que estos datos sean cedidos, es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de éstos, pues sólo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos personales, por lo que no basta que conozca que tal cesión es posible y que debe conocer las circunstancias de cada cesión concreta. Pues en otro caso sería fácil al responsable del fichero soslayar el consentimiento del interesado mediante la genérica información de que sus datos pueden ser cedidos. De suerte que, sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia³²⁶.

ii. *La actualización de datos.* Según lo establecido por el Tribunal Constitucional de Bolivia³²⁷, dentro del derecho a la libertad informática, existe el principio de actualización de la información o los datos personales registrados en el banco de datos, añadiendo los datos omitidos o actualizando los datos atrasados; con la finalidad de evitar el uso o distribución de una información inadecuada, incorrecta o imprecisa que podrían ocasionar graves daños y perjuicios a la persona; así, por ejemplo, si una persona aparece como procesada cuando ya fue sobreseída.

Teniendo como supuesto previo la existencia del derecho al acceso de la información que obra en algún tipo de registro por parte de su titular, el siguiente paso es garantizar el derecho a que se puedan actualizar estos datos, ello con la finalidad de agregar datos al registro que se tenga, sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o con el fin de que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada.

³²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N° 292/2000. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7467>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

³²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. Expediente N° 2005-11514-24-RHD. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/expediente11514.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

iii. *La rectificación de datos.* El Tribunal Constitucional de Bolivia³²⁸ nos dice que el principio de libertad informática contiene el derecho de corrección o modificación de la información o los datos personales inexactos registrados en el banco de datos público o privado, por lo que tiene la finalidad de eliminar los datos falsos que contiene la información, los datos que no se ajustan de manera alguna a la verdad y cuyo uso podría ocasionar graves daños y perjuicios a la persona; así, por ejemplo, registren una condena penal en los datos personales cuando esa persona jamás fue sometida a proceso penal alguno, por lo mismo jamás fue condenado a sufrir pena alguna.

El derecho a la información no sólo nos permite actualizar los datos contenidos en una base de datos sino que además, podemos rectificar estos datos, lo cual implica que un individuo puede rectificar la información, personal o familiar que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene la potestad de cancelar aquellos datos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados.

Este derecho de rectificación no sólo es un derecho individual, sino que además es un derecho social, por cuanto la sociedad requiere que se difunda información veraz, por lo que al difundirse información errónea, no sólo se afecta al titular de la información, sino, y sobre todo, se afecta a la sociedad misma.

- El principio del consentimiento del titular. Según el Tribunal Constitucional Español, el derecho fundamental a la protección de datos faculta a la persona para decidir cuáles datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos. Por lo que si se pretende que se

³²⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. Expediente N° 2005-11514-24-RHD. Op. Cit.



muestren datos sin el conocimiento y consentimiento de los propietarios, se estaría violando la privacidad de los titulares, con lo cual se producirían las responsabilidades legales³²⁹.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional Colombiano establece que según este principio, los datos personales sólo pueden ser registrados y divulgados con el consentimiento libre, previo y expreso del titular, de tal forma que se encuentra prohibida la obtención y divulgación de los mismos de manera ilícita, pues la facultad de reportar a quienes incumplan las obligaciones por ellos contraídas, tiene como base fundamental y punto de equilibrio, la autorización que el interesado les otorgue para disponer de esa información, pues al fin y al cabo, los datos que se van a suministrar conciernen a él, y por tanto, le asiste el derecho, no sólo a autorizar su circulación, sino a rectificarlos o actualizarlos, cuando a ello hubiere lugar³³⁰. Como podemos observar, existe un derecho de propiedad sobre los datos personales, por lo que las restricciones a este derecho, como en cualquier otro caso en que esté inmersa la propiedad, sólo pueden hacerse por la voluntad del titular o por el Estado en casos de interés público. De ahí que resulte necesario que el titular de la información preste su consentimiento para que se recaben sus datos en una base de datos o para que estos sean difundidos. No obstante, se presentan algunos supuestos especiales en lo referido al consentimiento del titular, como son:

- i. *La desigualdad entre las partes como causal de irrelevancia de la manifestación de la voluntad.* Este supuesto es descrito por el Tribunal Constitucional Español³³¹ cuando establece que si de otorgarse relevancia a la manifestación de la voluntad pudiera supeditarse esta manifestación a un hecho determinado, por la desigualdad existente entre las partes contratantes, se justificaría que la entrega de la información no quede a voluntad de la parte más débil sino, que sea regida por una ley determinada.

A diferencia de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional Español, considero que aún en estos supuestos, existe una manifestación de la voluntad, pero ella

es presunta, es decir, en caso de desigualdad existente entre las dos partes contratantes resulta evidente que será la parte más fuerte la que condicione el actuar de la parte más débil; no obstante, la ley presume el consentimiento de la parte más débil debido a que la difusión de esta información le favorece, por lo que se evidencia que para que se emita una ley en este sentido, ésta debe buscar el beneficio de la parte débil, ya que carecería de razonabilidad el no tomar en cuenta la voluntad del titular de los datos y usarlos para un fin que le cause algún perjuicio, configurándose en una norma inconstitucional.

- ii. *Se pueden afectar informaciones sensibles por el consentimiento de su titular.* Según lo manifestado por el Tribunal Constitucional Español³³², la supuesta lesión del derecho a la intimidad en caso de admitir la práctica de una prueba pericial para comprobar la supresión de las referencias a los diagnósticos médicos (información sensible), han sido solicitadas por el propio trabajador demandante, único titular autorizado para disponer a su voluntad acerca del acceso y comunicación a terceros de sus datos personales de carácter médico, por lo que no se trataba, pues, de una infracción a la protección de datos. Resulta evidente que siendo la información, sensible o pública, de propiedad del titular de la misma, ella puede difundirla, sin importar la clase de información a que se refiere, por lo que los responsables de dicha información no pueden negarle este derecho.

No obstante, el problema se presenta cuando la difusión de una información propia afecta la esfera de otras personas, es decir, al ejercitar mi derecho de protección de datos (uso de la información), afecto el derecho a la protección de datos ajenos, caso en el cual considero que se debe tener presente que el derecho a la protección de datos no sólo demanda abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada, por lo que el principio de consentimiento está condicionado a que no se afecten los derechos ajenos.

³²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N° 292/2000. Op. Cit.

³³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-547/08. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-547-08.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

³³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N° 142/1993. Publicada en: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1993-0142, consultada por última vez el 24 de octubre del 2008.

³³² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N° 153/2004. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=8352>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011)





- El principio de la finalidad de la información. La Corte Suprema de Justicia de Panamá³³³ ha establecido que la sociedad actual exige disponer de información sobre los ciudadanos; no obstante, ello será admisible en cuanto sea preciso para el cumplimiento de los fines sociales y evitando utilidades abusivas e interesadas de la esfera privada de la persona. De esta concepción podemos establecer que si bien la información se ha automatizado y con ello se hace más fácil su difusión, esta realidad no constituye el motivo por el cual se debe garantizar el acceso a la información, sino que este derecho se desprende de determinados fines sociales; es decir, la difusión de la información se realiza, no por la automatización de la misma, sino por la necesidad social de conocerla. En este sentido, si la difusión contraviene los fines sociales para los cuales ha sido recolectada, contraviene el sentido mismo de la necesidad de divulgación, por lo que deviene en ilegítima. De esta manera, la Corte Suprema de Justicia del Salvador³³⁴ señala que en el ámbito público o comercial, algunas instituciones y la mayoría de empresas mercantiles, requieren para su información de ciertos datos personales, que si bien resulta ser una injerencia en el círculo íntimo de una persona, ésta cobra validez cuando se trata de cumplir con la finalidad específica para la que fue creada. Por ejemplo, para suscribir contratos mercantiles, ambas partes requieren conocer su situación financiera y crediticia, lo cual, al reflejar su comportamiento en relaciones previas de igual o similar naturaleza, será determinante para la confiabilidad recíproca en el cumplimiento de la obligación que se pretende contraer. Tal como lo ha transmitido la Corte Suprema Salvadoreña, el transmitir información debe obedecer a una finalidad, ya que resultaría absurdo que se transmita esta información por el simple hecho de estar automatizada y sin ningún motivo aparente; de ahí que el derecho a la protección de datos busca desentrañar la finalidad para la que han sido recogidos estos datos y contraponerla al uso que se les está dando, ello a fin de establecer si este uso es adecuado, razonable y justificado. Cabe mencionar que este principio está relacionado con el de necesidad, tal como lo establece el Tribunal Constitucional Colombiano³³⁵, para el que los datos personales registrados deben ser los estrictamente necesarios para el cumplimiento de las finalidades perseguidas con la base de datos de que se trate, de tal

³³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ. Expediente N° HD-349-2003. Op. Cit.

³³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL SALVADOR. Sentencia N° 118-2002. Op. Cit.

³³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SENTENCIA T-547/08. Op. Cit.



forma que se encuentra prohibido el registro y divulgación de datos que no guarden estrecha relación con el objetivo de la base de datos, como por ejemplo, aspectos íntimos de la persona.

Por lo que podemos establecer que toda la información que las administraciones públicas recogen y archivan ha de ser necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye la ley, y ha de ser adecuada para las legítimas finalidades previstas por ella, pues las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Español precisa que la manifestación del principio de finalidad se materializa en el derecho a la oposición³³⁶, ya que establece que la garantía de la intimidad, *latu sensu* (protección de datos), adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona, por lo que el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención.

Como cualquier principio, el de la funcionalidad de la información debe manifestarse con una base fáctica, por ello resulta atinado el hecho de que el Tribunal Español establezca la existencia de un derecho de oposición a la divulgación de la información, cuando esta divulgación contraría la función para la cual fue recolectada.

Este derecho de oposición se puede ejercitar ante:

- La información discriminatoria.* El Tribunal Constitucional Español³³⁷ trata de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios, por lo que si se utiliza un dato sensible, que había sido proporcionado con una determinada finalidad, para otra radicalmente distinta se menoscaba el legítimo ejercicio del derecho a la protección de datos. Es pertinente enfatizar que no todo tratamiento desigual constituye un supuesto de discriminación. Así, se admite el tratamiento desigual cuando esté fundamentado en razones objetivas y razonables, lo cual exige además que la desigualdad resulte proporcionada en atención a las circunstancias objetivas

³³⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N° 60/1998. Publicada en: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1998-0060, consultada por última vez el 24 de octubre del 2008.

³³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N° 60/1998. Op. Cit.

que la justifican. De lo contrario se estaría frente a una situación discriminatoria, y por tanto, constitucionalmente atentatoria.

En este sentido, el Tribunal Constitucional de Bolivia³³⁸ nos dice que el derecho a la protección de datos es un derecho que excluye la llamada “información sensible” relacionada al ámbito de la intimidad de la persona, es decir, aquellos datos mediante los cuales se pueden determinar aspectos considerados básicos dentro del desarrollo de la personalidad, tales como las ideas religiosas, políticas o gremiales, comportamiento sexual; pero esta exclusión se realiza debido a que potencialmente podría generar la discriminación del registrado.

A pesar de que cualquier acto de elección ya implica una discriminación, lo que se busca es evitar que se dé ésta por razones inconstitucionales, por ello, la información sensible no puede ser un medio de ejercer discriminación, ya que implica aspectos básicos del desarrollo de la personalidad, por ejemplo, si creamos una base de datos de aquellas personas que sufren del VIH, ello a fin de brindarles un tratamiento adecuado y subsidios estatales para sus medicinas, no podemos utilizar esta base de datos para condicionar el ingreso de estas personas a lugares públicos de distracción como restaurantes, discotecas, etc., ya que ello constituye una discriminación injustificada e inconstitucional.

- ii. *Violación del secreto profesional.* El Tribunal Constitucional Español nos dice que³³⁹ los datos, no podrán usarse para finalidades distintas a aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos, estando obligado el responsable del fichero automatizado y quienes interviniesen en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar las relaciones con el titular del fichero automatizado o, en su caso, con el responsable del mismo.

Antiguamente se decía que el secreto profesional sólo podían alegarlo quienes se enteraban de determinada información a raíz de que su cliente se las confió por sus características propias de la persona individual, siendo los clásicos ejemplos los médicos y los abogados; no obstante, esta realidad ha cambiado en nuestros días.

- iii. *El cumplimiento de obligaciones con relevancia pública.* Según lo establecido por el Tribunal Constitucional Español³⁴⁰, el derecho a la intimidad personal no queda

violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, y la eventual limitación del derecho es constitucionalmente legítima siempre que se encuentre suficientemente justificada en la tutela de otros intereses por la norma fundamental y no exija sacrificios de aquél que resulten desproporcionados a la finalidad perseguida. La jurisprudencia constitucional ha admitido que terceros privados puedan acceder a datos de otras personas cuando está en juego el cumplimiento de cargas y obligaciones de relevancia pública.

Si bien el Tribunal Constitucional Español ha restringido el derecho de oposición para aquellos casos en los cuales se busca cumplir las obligaciones con relevancia jurídica, creemos que, *contrario sensu*, el derecho de oposición se hace viable cuando no se cumple con las obligaciones contenidas en las normas, es decir, cuando se incumple una obligación con relevancia jurídica.

- El principio de garantía. Según lo establecido por el Tribunal Constitucional Colombiano, quien tiene la posibilidad de acopiar, ordenar, utilizar y difundir datos personales adquiere un poder de facto, denominado “poder informático”, por lo que el abuso o la negligencia en el ejercicio de este enorme poder aparea un serio riesgo, entre otros, para los derechos fundamentales a la personalidad, a la identidad, a la igualdad, a la intimidad, a la honra, al buen nombre o al debido proceso del sujeto concernido³⁴¹, por ello, el Tribunal Constitucional Español afirma que tanto los funcionarios públicos como las entidades privadas deben brindar las garantías necesarias para que se dé el correcto destino a la información contenida en determinadas bases de datos³⁴².

De ahí que la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, con la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control, elemento intencional irrelevante aquí, siendo suficiente la comprobación de que se da el nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico (falta de garantías) y el resultado lesivo prohibido por la norma³⁴³.

³⁴¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANO. Sentencia T-137/08. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-137-08.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

³⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N° 142/1993. Op. Cit.

³⁴³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N° 126/1998. Publicada en: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1998-0126, consultada por última vez el 24 de octubre del 2008.



Quien tiene a su cargo una base de datos está inmerso en lo que en Responsabilidad Civil se denomina “responsabilidad objetiva”, ya que existe un principio de garantía por el cual esta persona, natural o jurídica, garantiza que los datos recolectados no podrán ser usados de manera abusiva, irrazonable o indebida; caso contrario, se hace responsable por los daños ocasionados sin importar la existencia de dolo o culpa, siendo únicamente necesario acreditar la causa adecuada entre la falta de garantía del responsable de la base de datos y el daño ocasionado.

No obstante, la jurisprudencia ha diseñado una serie de garantías específicas que deben ser cubiertas por los responsables de las bases de datos, entre ellas tenemos:

- i. *Legítimo interés.* La Corte Suprema de Justicia del Salvador³⁴⁴ ha establecido que ante la posibilidad del surgimiento de empresas, que a través del tratamiento automatizado de datos hacen posible que otras empresas o personas naturales puedan acceder a tal información pagando por el servicio prestado, es necesario que la información no se disperse; o, más bien, no ha de conocerse por cualquier persona que tenga capricho en hacerlo sino que debe ser consultada únicamente por su titular o por quienes realmente comprueben tener facultad o autorización para hacerlo.

Si bien surge una primera y evidente crítica hacia lo establecido por la Corte Suprema Salvadoreña en lo referido a que no se puede pretender que se consulte a todos los titulares de diversas informaciones sobre la posibilidad o no de su difusión, ya que existen datos que tienen la característica de ser públicos y por ende, el interés social requiere que sean difundidos, no obstante, resulta enriquecedor el hecho de que a pesar de la difusión de la información, el responsable de la misma debe evitar que se disperse esta información conceptos, que a nuestro entender, son totalmente diferentes.

En primer lugar, la difusión de la información está referida a que personas determinadas o determinables puedan acceder a estos datos, en virtud a que los mismos cumplen una función social que debe ser amparada por nuestro derecho y por nuestros tribunales.

Sin embargo, y a pesar de la necesidad de que cierta información sea difundida, se hace indispensable controlar el flujo de la misma, por ello, se le impone un límite: la dispersión de la información.

Por la dispersión de la información cualquier persona, con o sin interés, puede

acceder a los datos contenidos en un fichero por el simple hecho de conocer esta información, sin mostrar un interés legítimo; de ahí que el principio de garantía busca que los responsables de estas bases de datos eviten la dispersión de los mismos, mostrándolos a quienes cuentan con un interés legítimo.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de Panamá³⁴⁵, para la cual los datos personales o informaciones individualizadas pueden ser obtenidos por el titular o por terceros para el ejercicio de algún derecho y previa acreditación del interés por el que se necesita la información. Si bien puede pensarse que la acreditación de un interés legítimo constituye una prueba diabólica ya que no existen medios tradicionales como para acreditar este interés, considero que lo que en realidad constituye algo diabólico es dispersar la información de una persona sin tener mayor límite que el pago de un derecho.

Un ejemplo típico para la acreditación del interés legítimo en conocer la información guardada en una base de datos nos lo dan las centrales de riesgo, en las cuales se debe solicitar la firma de una solicitud de crédito del titular de la información para que se pueda difundir al futuro acreedor la información financiera de dicho solicitante.

- ii. *Prevención de riesgos.* Según lo establecido por el Tribunal Constitucional Español³⁴⁶, los poderes públicos deben prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebida de la información.

Hemos dejado en claro que el derecho a la protección de datos no genera, de manera estricta, una prevención de daños, por cuanto existe la figura de actualización o rectificación de datos, las cuales evitan que el daño se incremente, más no evitan la existencia misma del daño; sin embargo, se debe tener presente que el responsable de la información debe prevenir los riesgos a fin de evitarlos, es decir, debe utilizar su máximo esfuerzo en garantizar que evitará los riesgos innecesarios que deriven en el mal uso de la información, ya sea porque esta se dispersa de manera abusiva, desactualizada o errónea.

- iii. *Veracidad de la información.* Esta garantía ha sido acogida por la Corte Suprema de Justicia del Salvador³⁴⁷ para la cual, la forma o el tratamiento indebido de

³⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ. Expediente N° 074-03. Publicada en: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

³⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N° 292/2000. Op. Cit.

³⁴⁷ CORTE SUPREMA DEL SALVADOR. Sentencia N° 118-2002. Op. Cit.

³⁴⁴ CORTE SUPREMA DEL SALVADOR. Sentencia N° 118-2002. Op. Cit.





los datos en la tarea de recolección, podría ser generadora de perjuicios para el titular de los mismos por razones de falsedad o discriminación respecto de la información. Iguales perjuicios podrían generarse si la información no se encuentra actualizada, debido a la negativa u omisión de la autoridad correspondiente de completar, verificar o realizar los ajustes necesarios. En todos estos casos bastará que no exista una correlación directa entre los registros contenidos en los bancos de datos y la realidad del sujeto de que se trate. Por lo que se evidencia que frente al poder que la tecnología impone en manos de recolectores y clasificadores de datos, el individuo debe estar dotado también de los medios o mecanismos lo suficientemente eficaces que la ley reconozca para garantizar su derecho de participar en ese proceso, asegurando de tal manera que los datos recopilados sean veraces y que no sean más de los que se requiera obtener para fines legítimos. Por tanto, existe la obligación para todos aquellos que almacenan y sistematizan datos personales en registros ad-hoc, de seleccionar los datos que reflejen la verdadera situación jurídica del individuo. De allí, que todo banco de datos debe adoptar las medidas de seguridad adecuadas para garantizar la inviolabilidad o inalterabilidad de la información en él contenida, se trate de bancos públicos o privados, debiendo establecerse un régimen de responsabilidad ante su uso indebido.

Anteriormente hemos visto como el titular de la información tiene un derecho de actualización y rectificación de sus datos, por lo que puede solicitar al responsable de la base de datos que se corrijan los errores; no obstante, ahora abordamos el problema pero desde el punto de vista del responsable de la base de datos, ya que está obligado a garantizar que la información que difundirá es la veraz, es decir, ya no solo se trata de que el derecho a la protección de datos que le otorga al titular de los mismos la posibilidad de corregir las informaciones incorrectas o inexactas sino que, además, le otorga la obligación del responsable de la base de datos de garantizar que realizará todas las gestiones posibles para mantener información veraz en sus archivos por lo que, de no hacerlo, tendrá que afrontar las responsabilidades de ley.

Esta teoría está más ligada a la cantidad de información que se difundirá, ya que el responsable de los bancos de datos debe garantizar que sólo se brindará la información estrictamente necesaria para cumplir la obligación legal o convencional, por lo que cualquier obligación adicional constituye una infracción a esta garantía.

- iv. *Garantizar la reserva de ley.* La Corte Suprema de Justicia de Panamá³⁴⁸ refiere que existe la garantía de la reserva legal de los denominados “datos sensitivos”. Esta garantía está referida a que el responsable de la base de datos debe garantizar que ninguno de los datos sensibles o prohibidos por la ley sean difundidos, en realidad esta garantía está ligada con la sujeción a la ley que todos tenemos, ya que si una norma establece un precepto prohibitivo nosotros debemos acatarlo por cuanto estaremos incurso en responsabilidad legal si no lo hacemos. En los primeros párrafos hemos tratado la garantía de reserva de ley desde la visión del titular de la información; no obstante, también esta reserva de ley puede ser observada desde la visión de aquella persona que quiere acceder a la información. En estos casos, la carga de la prueba se traslada del titular de la información (quien debe acreditar que existe una prohibición legal o que estamos frente a una información sensitiva) al responsable de la base de datos (quien debe acreditar que su negativa obedece a que existe una prohibición legal o que estamos frente a una información sensitiva).
- v. *Garantizar la incorporación de la información e indemnización.* Según el Tribunal Constitucional Colombiano cuando de la inclusión de datos personales en determinadas bases deriven situaciones ventajosas para el titular, la entidad administradora de datos estará en la obligación de incorporarlos si el titular reúne los requisitos que el orden jurídico exija para tales efectos, de tal forma que queda prohibido negar la incorporación injustificada a la base de datos. Además, existe el deber de diligencia en el manejo de los datos personales y la obligación de indemnizar los perjuicios causados por las posibles fallas en el proceso de administración de los datos personales³⁴⁹.

³⁴⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ. EXPEDIENTE N° 074-03. Op. Cit.

³⁴⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANO. Sentencia T-137/08. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-137-08.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.



III. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL PERÚ

III.1. LA REGULACIÓN NORMATIVA

III.1.a) En la legislación constitucional

- Constitución Política de la Monarquía Española (1812). En nuestra primera Constitución Política no se hace referencia alguna al derecho a la protección de datos, ya sea en su forma más elemental como derecho a la información o en la confusión que existe con el derecho a la intimidad. Ello se debe a que en esta Carta Magna no se mencionan mayores derechos para los ciudadanos que los de libertad y propiedad; sin embargo, se deja abierta la posibilidad para que legislativamente se establezcan otros derechos³⁵⁰.
- Constitución Política de la República Peruana (1823). Esta Constitución ya muestra un avance en el reconocimiento de derechos específicos, pudiendo establecerse que es el primer texto de normativa constitucional que consagra el aún incipiente derecho a la intimidad como protección a la correspondencia y el derecho a la publicación de datos que no afecten a la intimidad como protección a la buena opinión o fama del individuo³⁵¹.
- Constitución Política de 1826 (1826). Esta Constitución no hace referencia alguna a los derechos a la protección de la correspondencia y la buena opinión o fama regresando, por el contrario, al reconocimiento único de la propiedad, igualdad, seguridad y libertad³⁵².

³⁵⁰ "Artículo 4.- La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen".

³⁵¹ "Artículo 193.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales e individuales de los peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

^{1.-} La libertad civil.

^{2.-} La seguridad personal y la del domicilio.

^{3.-} La propiedad.

^{4.-} El secreto de las cartas.

^{5.-} El derecho individual de presentar peticiones o recursos al Congreso o al Gobierno.

^{6.-} La buena opinión, o fama del individuo, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes.

^{7.-} La libertad de imprenta en conformidad de la ley que la arregle

^{8.-} La libertad de la agricultura, industria, comercio y minería, conforme a las leyes.

^{9.-} La igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue.

³⁵² Artículo 142.- La libertad civil, la seguridad individual, la propiedad y la igualdad ante la ley, se garantizan a los ciudadanos por la Constitución.

- Constitución Política de la República Peruana (1828). En esta Constitución se reconoce nuevamente la protección a la correspondencia³⁵³ y el reconocimiento del derecho a la buena reputación³⁵⁴, ambos como parte del derecho a la intimidad.
- Constitución Política de la República Peruana (1834). En esta Constitución se inicia la protección al derecho a la información, claro que en una etapa algo restringida por cuanto se garantiza el derecho a la información pero únicamente para los detenidos, ya que ellos podrán solicitar que se les informe, previamente, los motivos de su detención³⁵⁵. Asimismo, se continúa con la protección a la inviolabilidad de la correspondencia³⁵⁶ y a la buena reputación³⁵⁷.
- Constitución del Estado Sud - Peruano, Constitución del Nor - Peruano, El Establecimiento de la Confederación Perú - Boliviana (1836) y Ley Fundamental de la Confederación Perú - Boliviana (1837). En estas Constituciones no se hace ninguna referencia a la protección de derechos fundamentales, por lo que no ameritan mayor pronunciamiento más que el reconocimiento a su existencia.
- Constitución Política de la República Peruana (1839). En esta Constitución se mantiene la protección a la inviolabilidad de la correspondencia³⁵⁸ y al derecho a la buena reputación³⁵⁹, no haciéndose mención al derecho de información del que deben gozar los detenidos.
- Constitución de la República Peruana (1856). Esta Constitución reafirma la protección a la inviolabilidad de la correspondencia como parte del derecho a la intimidad³⁶⁰; no obstante, no hace referencia alguna al derecho a la buena reputación y menos aún al derecho de información de quienes son detenidos.

³⁵³ Artículo 156.- Es inviolable el secreto de las cartas: la Administración de correos tiene la responsabilidad de esta garantía.

³⁵⁴ Artículo 164.- Todo ciudadano tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes.

³⁵⁵ Artículo 151.- Ninguno puede ser arrestado ni preso sin precedente información del hecho, por el que merezca pena corporal, y sin mandamiento por escrito de Juez competente, que se le intimará al tiempo de la aprehensión.

³⁵⁶ Artículo 156.- Es inviolable el secreto de las cartas: las que se sustraigan de las oficinas de correos, o de sus conductores, no producen efecto legal.

³⁵⁷ Artículo 160.- Todo ciudadano tiene derecho a conservar su buena reputación, sin otra diferencia que la de sus talentos y virtudes.

³⁵⁸ Artículo 159.- Es inviolable el secreto de las cartas; las que se sustraigan de las oficinas de correos, o de sus conductores, no producen efecto legal.

³⁵⁹ Artículo 166.- Todo ciudadano tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes.

³⁶⁰ Artículo 21.- El secreto de las cartas es inviolable no producen efecto legal las que fueren sustraídas.





- Constitución Política del Perú (1860). En esta Constitución se reincorpora la protección al honor³⁶¹, dejándose de lado la protección a la buena reputación y se mantiene la protección a la inviolabilidad de la correspondencia como parte del derecho a la intimidad³⁶².
- Constitución Política del Perú (1867). En esta Constitución se establecen los primeros antecedentes a la protección de la vida privada, sancionándose la responsabilidad de quienes realicen publicaciones sobre datos personales -lo que hoy conocemos como datos sensibles³⁶³- protegiéndose, además, el secreto de las comunicaciones³⁶⁴.
- Constitución para la República del Perú (1920). Esta Constitución significa un retroceso en la protección de los datos sensibles, ya que suprime la regulación anterior en este sentido, reconociendo únicamente el derecho al honor³⁶⁵ y a la inviolabilidad de la correspondencia³⁶⁶.
- Constitución Política del Perú (1933). Si bien en esta Constitución no se establece de manera expresa, como en la Constitución de 1867, una protección a la vida privada frente al uso de la imprenta, de alguna manera se restablece este aspecto ya que se dice que los autores y los editores son responsables frente al damnificado, que no puede ser otro que aquél de quien se han comunicado datos sensibles o privados³⁶⁷. Asimismo, se reafirma la inviolabilidad de la correspondencia, pero esta vez se le hace un agregado que marca la dirección de este derecho ya que se habla de "documentos privados", los que en buena cuenta contienen datos sensibles³⁶⁸.

³⁶¹ Artículo 16.- *La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado.*

³⁶² Artículo 22.- El secreto de las cartas es inviolable: no producen efecto legal las que fueren sustraídas.

³⁶³ Artículo 20.- Todos pueden hacer uso de la imprenta para publicar sus escritos, sin censura previa; y sin responsabilidad en asuntos de interés general.

En las publicaciones sobre asuntos personales, se hará efectiva la responsabilidad de los autores y editores conforme a lo dispuesto, para esta clase de asuntos, en la ley que instituye el jurado. Toda publicación que ataque la vida privada de los individuos, será firmada por su autor.

³⁶⁴ Artículo 22.- El secreto de las cartas es inviolable: no producen efecto legal las que fueren sustraídas.

³⁶⁵ Artículo 21.- La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado y por el de traición a la Patria, en los casos que determine la ley.

³⁶⁶ Artículo 32.- El secreto de las cartas es inviolable. No producen efecto legal las que fueren sustraídas.

³⁶⁷ Artículo 63.- El Estado garantiza la libertad de la prensa. Todos tienen el derecho de emitir libremente sus ideas y sus opiniones por medio de la imprenta o de cualquier otro medio de difusión, bajo la responsabilidad que establece la ley. La responsabilidad concierne al autor y al editor de la publicación punible, quienes responderán solidariamente de la indemnización que corresponda a la persona damnificada.

³⁶⁸ Artículo 66.- La correspondencia es inviolable. Las cartas y los papeles privados no pueden ser ocupados, interceptados ni registrados, sino por la autoridad judicial, en los casos y en la forma establecida por la ley.

No producen efecto legal las cartas y los papeles privados violados o sustraídos.



Un aspecto procesal importante es que en esta Constitución se incluye al Hábeas Corpus como mecanismo de protección de las garantías individuales y sociales reconocidas por esta Constitución, constituyéndose como el primer proceso constitucional encargado de proteger la vida privada de las personas³⁶⁹.

- Constitución para la República del Perú (1979). Esta Constitución se transforma en el ícono que marca la diferencia entre nuestra historia constitucional tradicional y la actual, ya que se muestra mucho más garantista que las Constituciones pasadas, tan es así que por primera vez se habla de la protección del derecho a la libertad de información; asimismo, se reafirma la protección al honor, buena reputación y a la intimidad personal y familiar, concediéndose el derecho de rectificación, y, finalmente, se establecen más garantías para la inviolabilidad de las comunicaciones privadas³⁷⁰. En el ámbito procesal, se instituye un sistema de garantías constitucionales, estableciéndose el amparo como la acción por la cual se puede reclamar la violación del derecho a la información³⁷¹.

³⁶⁹ Artículo 69.- Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de habeas corpus.

³⁷⁰ "Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...) 4.- A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

También es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

5.- Al honor y la buena reputación a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de la responsabilidad de ley.

(...) 8.- A la inviolabilidad y el secreto de los papeles privados y de las comunicaciones. La correspondencia solo puede ser incautadas, interceptada o abierta por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

El mismo principio se observa con respecto a las comunicaciones telegráficas y cablegráficas. Se prohíben la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Las cartas y demás documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros comprobantes y documentos de contabilidad están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley".

³⁷¹ "Artículo 295.- La acción y omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de habeas corpus.

La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. La acción de amparo tiene el mismo trámite que la acción de habeas corpus en los que es aplicable.

Hay acción popular ante el Poder Judicial por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales, y demás personas de derecho público".

- Constitución Política del Perú (1993). La Constitución de 1993 realiza cambios casi imperceptibles con referencia a la Constitución de 1979; ya que declara en su artículo 2, inciso 4) que toda persona tiene derecho “a las libertades de información, opinión expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral, escrita o la imagen”. Para muchos constitucionalistas como la primera interpretación de este artículo “incluye las de informar a los demás y ser informado en los asuntos en los que tenga interés. Implica también la libertad de no informar lo que concierna a uno y desee mantener en reserva”³⁷², no se permite la interferencia en el libre flujo de la información y también implica la libertad de no informar lo que concierne a uno y desee mantener reserva. También podemos notar que nuestra Constitución distingue claramente libertad de opinión, de expresión y difusión del pensamiento, que incluso en muchos instrumentos internacionales se utilizan indistintamente. Existen dos excepciones que restringen este derecho, la información que afecta a la intimidad de otras personas (artículo 2, inciso 7) e información que no pueda divulgarse porque lo prohíbe la ley o tiene carácter reservado por seguridad nacional (artículo 2, inciso 5).

El artículo 2, inciso 5) posibilita “solicitar sin expresión de causa la información que requiere de cualquier entidad pública, en el plazo legal” pero la persona deberá cubrir “el costo que suponga el pedido”. Este inciso puede considerarse como la libertad de informarse y resulta una novedad en el texto constitucional. También aquí existen excepciones que consideran el derecho a la intimidad personal, al honor y a la buena reputación, así como razones de seguridad nacional.

Asimismo, el constituyente de 1993 reconoció a la libertad informática como derecho fundamental pero con un contenido restringido, como se aprecia en la redacción finalmente aprobada:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...) 6.- A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar”.

De esta manera, solo una de las facultades de control de la información personal es reconocida expresamente. Las razones por las cuales se excluyeron los demás aspectos de la libertad informática fueron fundamentadas en el seno del debate constitucional³⁷³:

³⁷² RUBIO CORREA, Marcial. (1994). *Para conocer la Constitución de 1993*. Tercera Edición. Lima, Editorial DESCO, p. 19.

³⁷³ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. (1993). *Diario de los Debates. Debate Constitucional. Pleno-1993*. Tomo I. Lima, p. 112.

“El señor Torres y Torres Lara (NM-C90).- (...) Hemos analizado en la Comisión las enormes dificultades que implica esta nueva tecnología en la defensa de los derechos de la persona, y hemos llegado a la conclusión de que la obtención de la información y su conservación no es el problema fundamental, sino la comunicación de esta información.

Mucho más daño se hace comunicando una información negativa sobre una persona que simplemente acumulándola. En consecuencia, la protección que debe dar la Constitución es que nadie pueda transmitir informaciones que estén referidas a la intimidad personal a través de los medios comunes; por tanto, el derecho de cualquier persona a proteger su propia intimidad tiene que llevar a impedir que se transmita información que va contra su intimidad personal.

*La información puede ser cierta o puede ser equivocada. Lo importante no es la certeza o no de la información, sino el daño personal en la intimidad de la persona, de su familia o de su contorno, para protegerla de esta enorme fuerza que implica la informática moderna”*³⁷⁴.

Como vemos, la Constitución de 1993 busca proteger exclusivamente la intimidad de las personas, dejando de lado el hecho de que la simple recolección de datos puede constituir una vulneración de la personalidad y peor aún, si estos datos son falsos o están desactualizados.

Por otro lado, de acuerdo con el inciso 3) del artículo 200 de la Constitución de 1993, el proceso de hábeas data tutela los derechos fundamentales consagrados en los incisos 5) y 6) de su artículo 2 relativos al acceso a la información pública y a la libertad informática³⁷⁵.

No obstante, se ha establecido en jurisprudencia constitucional y en doctrina que por el hábeas data cualquier justiciable puede acceder a los registros de información almacenados en centros informáticos o computarizados, cualquiera sea su naturaleza, a fin de rectificar, actualizar, excluir determinado conjunto de datos personales o impedir que se propague información que pueda ser lesiva al derecho constitucional a la intimidad³⁷⁶.

³⁷⁴ SORIA LUJÁN, Daniel. (2003). Versión virtual. Op. Cit.

³⁷⁵ Texto conforme a la ley de reforma constitucional N° 26470 del 09 de junio de 1995. La redacción original contempló también la tutela de los derechos al honor, buena reputación, intimidad personal y familiar, voz e imagen propias, y rectificación, agrupados en el inciso 7) del artículo 2 de la Constitución de 1993. Sin embargo, las personas naturales y jurídicas vinculadas al mundo de la comunicación ejercieron una presión que impulsó la reforma constitucional. Actualmente, estos derechos se protegen a través del amparo. Tratándose del derecho de rectificación, la Ley N° 26847 del 09 de julio de 1997 establece el procedimiento previo ante los medios de comunicación.

³⁷⁶ VELEZMORO P. (2006). Op. Cit.



- Corolario. De este somero recorrido por la historia constitucional de nuestro país podemos extraer algunas apreciaciones generales: hasta antes de la Constitución de 1979, nuestro ordenamiento constitucional no presentaba una protección clara del derecho de acceso, rectificación y actualización de la información, ya que estaba dirigido a proteger, de manera general, la inviolabilidad de las comunicaciones como parte del derecho a la intimidad o vida privada y el derecho al honor y/o buena fama o reputación como parte del derecho a la verdad de la información publicada.

Con la Constitución de 1979 se introduce el derecho a la información, tanto en su aspecto pasivo (acceso a la información) como en su aspecto activo (brindar información); asimismo, se remarca algo que he venido sosteniendo en este punto de mi investigación, que la protección al derecho al honor y a la inviolabilidad de las comunicaciones está destinada a garantizar la vida privada o intimidad de las personas.

La Constitución de 1993 mantiene esta relación del derecho de acceso a la información con el derecho a la intimidad, ya que afirma que existe el derecho de acceder a cualquier base de datos, pero siempre y cuando ésta no afecte a la intimidad personal o familiar.

Hasta este momento, nuestro desarrollo constitucional busca proteger la intimidad más no la recopilación o utilización indiscriminada de la información contenida en bases de datos, lo que demuestra que la protección de datos se encuentra restringida en el aspecto normativo constitucional.

III.1.b) En la legislación infraconstitucional

- Decreto Supremo N° 043-2003-PCM. La Ley N° 27806 se aprobó con la finalidad de promover la transparencia de los actos del Estado y regular el derecho fundamental del acceso a la información. Posteriormente, mediante la Ley N° 27927 se modificaron e incorporaron algunos artículos a dicha norma, por lo que se consideró pertinente emitir un Texto Único Ordenado (TUO) que pudiera sistematizar y recoger los cambios normativos e incorporarlos en un único articulado. En este sentido, el TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, el cual se encarga de precisar aquellos sujetos que estarían legitimados para acceder a este tipo de información, las entidades que se encontrarían sometidas a la exigencia de permitir el acceso a la información con la que cuentan, los requisitos para ello, así como las limitaciones consideradas legítimas al acceso a determinada información.
- Ley N° 27489. Por esta ley se regulan las centrales privadas de informaciones de riesgos y de protección al titular de la información, definiendo algunos conceptos básicos sobre la información obrante en los bancos de datos de una central privada de una central de riesgos, además de reconocer los derechos que ostenta el titular de la información de riesgo almacenada en dichos bancos de datos.

El aspecto negativo de esta regulación está en el hecho de que la recopilación de datos no necesita contar con la autorización de los titulares de la información³⁷⁷; no obstante, existen aspectos positivos como por ejemplo, el hecho de que se establezca que la información sólo podrá utilizarse - finalidad para la cual fue recogida- y que la información deberá ser lícita, veraz y actual, la cual se mantendrá por un plazo determinado³⁷⁸, existiendo un deber de seguridad por parte de la central de riesgos³⁷⁹.

- Ley de Protección de Datos. El 03 de julio del 2011 se ha publicado la Ley N° 29733 "Ley de Protección de Datos Personales", la cual es muy importante, porque constituye un primer intento de incluir al derecho a la protección de datos

³⁷⁷ "Artículo 7.- Fuentes de información

7.1 Las CEPIRS podrán recolectar información de riesgos para sus bancos de datos tanto de fuentes públicas como de fuentes privadas, sin necesidad de contar con la autorización del titular de la información, entendiéndose que la base de datos se conformará con toda la información de riesgo. (Texto modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27863)

7.2 Las CEPIRS podrán adquirir información de las fuentes mencionadas en el párrafo precedente mediante la celebración de contratos privados directamente con la persona natural o jurídica que tenga o haya tenido relaciones civiles, comerciales, administrativas, bancarias, laborales o de índole análoga con el titular de la información, siempre y cuando ésta se refiera a los actos, situaciones, hechos, derechos y obligaciones materia de tales relaciones o derivadas de éstas y que no constituyan violación del secreto profesional.

7.3 Igualmente podrán celebrar contratos privados directamente con las entidades de la administración pública que recolecten o utilicen información de riesgos en el ejercicio de sus funciones y competencias legalmente establecidas, salvo que tal información haya sido declarada o constituya un secreto comercial o industrial".

³⁷⁸ "Artículo 9.- Lineamientos generales de recolección y tratamiento de información

Para la recolección y tratamiento de la información de riesgos a su cargo las CEPIRS deberán observar los siguientes lineamientos generales:

a) La recolección de información no podrá efectuarse por medios fraudulentos o ilícitos;
b) La información recolectada sólo podrá ser utilizada para los fines señalados en la presente Ley;
c) La información que deberá constar en los reportes informativos será lícita, exacta y veraz, de forma tal que responda a la situación real del titular de la información en determinado momento. Si la información resulta ser ilícita, inexacta o errónea, en todo o en parte, deberán adoptarse las medidas correctivas, según sea el caso, por parte de las CEPIRS, sin perjuicio de los derechos que corresponden a los titulares de dicha información.

A efectos de determinar el momento se deberá, en cada reporte, señalar la fecha del informe. Cuando las CEPIRS reciban de sus fuentes información conteniendo la fecha de extinción de la obligación, la naturaleza de la misma, la tasa de interés efectiva, los otros conceptos cobrados y la entidad acreedora, deberán incluir expresamente dicha información en sus reportes; y, (Texto modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27863)

d) La información será conservada durante el plazo legal establecido en la presente Ley o en su defecto, hasta que se produzca su cancelación conforme a lo prescrito en el inciso b) del artículo 13 de la presente Ley. (Texto modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27863.

³⁷⁹ "Artículo 12.- Deber de seguridad

Las CEPIRS deberán adoptar las medidas de índole técnica y administrativa destinadas a garantizar la seguridad de la información que manejen, a fin de evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso autorizado.



como un derecho autónomo e independiente del derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales, estableciendo que dicho derecho contiene entre sus principios los de legalidad, consentimiento, finalidad, proporcionalidad, calidad, seguridad, disposición de recurso y nivel de protección adecuado; sin embargo, esta normatividad, además de no estar reglamentada, presenta serias deficiencias como las que se nombra a continuación:

- i. *Artículo 3, inciso 2).* El artículo 3, inciso 2) establece que la ley no se aplica a los contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos de administración pública, solo en tanto su tratamiento resulte necesario para el estricto cumplimiento de las competencias asignadas por ley a las respectivas entidades públicas, para la defensa nacional, seguridad pública, y para el desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y represión del delito; es decir, cuando se vulnere el derecho fundamental a la protección de datos por instituciones públicas en las materias asignadas por ley para la defensa nacional, seguridad pública o para la investigación de un delito, no habría una legislación aplicable, por cuanto la presente ley no es de aplicación y, al no tener un reconocimiento constitucional, tampoco sería aplicable el Hábeas Data.
- ii. *Artículo 13, inciso 1).* El artículo 13, inciso 1) establece que el tratamiento de datos personales debe darse con respeto a los derechos fundamentales de sus titulares, lo que en buena cuenta significa que no se considera al Derecho de Protección de Datos como un derecho autónomo, sino más bien, relacionado a otros derechos fundamentales.
- iii. *Artículo 13, inciso 4).* El artículo 13, inciso 4) establece que las comunicaciones, telecomunicaciones, sistemas informáticos o sus instrumentos, cuando sean de carácter privado o uso privado, solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez o con autorización de su titular; artículo que forma parte del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, más no del derecho a la protección de datos, razón por la cual su tratamiento no debió estar contenido en esta ley, más aún si se tiene presente que el levantamiento del secreto de las comunicaciones necesariamente debe contar con autorización judicial o del titular, ya sea en el ámbito público como en el privado por mandamiento expreso del Nuevo Código Procesal Penal.

- iv. *Artículo 14.* Si bien la ley reconoce el principio del consentimiento para el tratamiento de datos, en su artículo 14 ha establecido una desmesurada cantidad de excepciones a este principio, que en la práctica implica su ausencia en el tratamiento de datos.
 - v. *Artículo 27.* El artículo 27 establece que los titulares y encargados de los bancos de datos personales de administración pública pueden denegar el ejercicio de los derechos de acceso, supresión y oposición por razones fundadas en la protección de derechos e intereses de terceros o cuando ello pueda obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales, a las investigaciones penales sobre la comisión de faltas o delitos, el desarrollo de funciones de control de la salud y del medio ambiente, la verificación de infracciones administrativas, o cuando así lo disponga la ley; sin embargo, no establece como controlar esta restricción al derecho a la protección de datos, peor aún si se tiene presente que en todo este trabajo de investigación hemos sostenido que la protección de datos no constituye una derivación de otros derechos fundamentales sino más bien, constituye un derecho fundamental autónomo, por lo que carece de lógica que la Administración Pública pueda restringir un derecho fundamental sin la intervención judicial.
- Corolario. De la normatividad antes expuesta es fácil observar que, en su conjunto, se han reconocido todos los principios contenidos en el ámbito iberoamericano, tanto en la legislación como en la jurisprudencia constitucional; sin embargo, a pesar de existir este reconocimiento implícito de los principios antes aludidos, se debe tener presente que si analizamos de manera singular cada una de las normas nos damos cuenta que la ley de transparencia solo reconoce el derecho de acceso a la información pública, y que la ley de las Centrales de Riesgo está concebida para la defensa del consumidor financiero. Finalmente, en la llamada Ley de Protección de Datos Personales, no se ha establecido la autonomía de este derecho con otros derechos fundamentales, e incluso se establece que la Administración Pública puede restringirlo sin la intervención de un juez, razón por la cual sostenemos que esta ley, en la práctica, está dirigida a proteger el tratamiento de datos personales en bases privadas, sin embargo, aleja del ámbito de su protección a las bases de datos públicas.



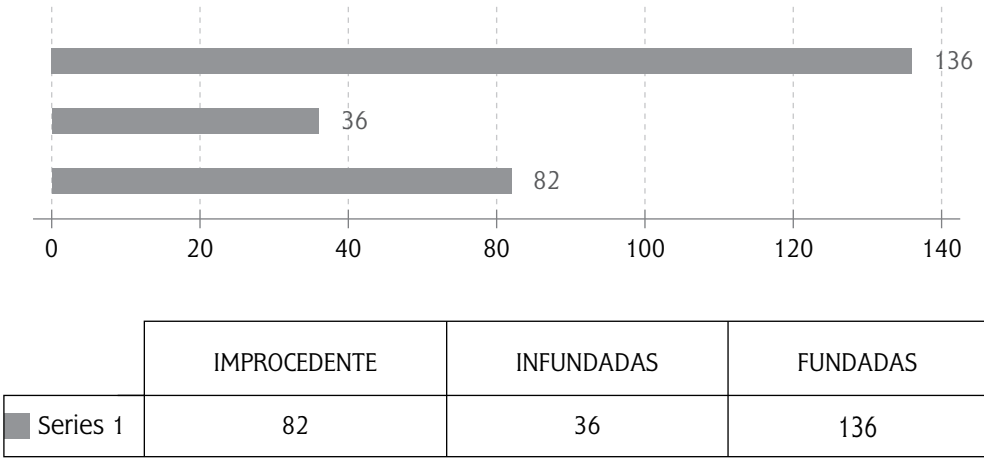
IV. LA REGULACIÓN JURISPRUDENCIAL

IV.1. Resultados obtenidos

Esta investigación ha estado dirigida a analizar la jurisprudencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional durante los años 1996 a 2010; no obstante, sólo se han utilizado las sentencias correspondientes al proceso de hábeas data ya que es este proceso constitucional el encargado de la defensa del llamado derecho a la protección de datos. En este sentido, estos son los resultados encontrados:

Gráfico N°5

SENTENCIAS DE HÁBEAS DATA



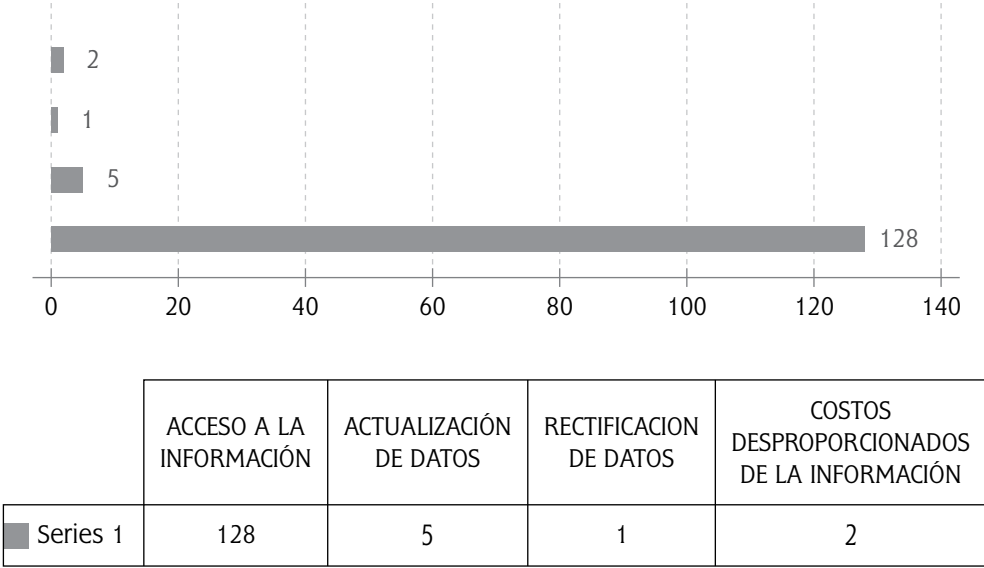
Se han encontrado un total de 254 sentencias de Hábeas Data, de las cuales 82 han sido declaradas improcedentes, entre otros aspectos porque no existe etapa probatoria en este tipo de procesos y porque no se ha cumplido con el requisito legal del requerimiento previo; asimismo, se han encontrado 36 sentencias que han sido declaradas infundadas porque la información solicitada no está en poder de la persona a la que se está solicitando o porque dicha información afecta la intimidad de terceros.

Tanto las sentencias improcedentes como las infundadas han sido dejadas de lado para la presente investigación, ya que necesitamos pronunciamientos sobre el fondo del

problema materia de discusión, ya que con ello podremos establecer los alcances que el Tribunal Constitucional está otorgando a este nuevo derecho a la protección de datos.

Gráfico N°6

SENTENCIAS FUNDADAS



De este último gráfico (ver Gráfico N°6), se puede apreciar que nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que a través del hábeas data se puede tutelar el derecho de acceso a la información con 128 sentencias, actualización de datos con 5 sentencias, rectificación de datos con una sentencia y los costos desproporcionados con dos sentencias; es decir, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido el principio de libertad informática y gratuidad no obstante, no ha hecho mención a los principios de consentimiento, garantía, calidad de datos y finalidad de la información. Por otro lado, en las sentencias en las que se ha reconocido el derecho al acceso a la información (que son la mayoría de las sentencias declaradas fundadas) se ha establecido un argumento como el siguiente:

“Conforme ha sido establecido por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la

información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. A criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. En ese sentido, el derecho de acceso a la información pública cuenta con una faz positiva, según la cual este derecho impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar; y con una faz negativa, la cual exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa”.

Es decir, cuando el Tribunal Constitucional ha reconocido el acceso a la información, en realidad no está reconociendo el derecho a la protección de datos sino que, más bien, está reconociendo el derecho de información que tiene todo ciudadano frente al accionar estatal.

IV.2. Apreciación general

Hemos podido apreciar cómo nuestra legislación constitucional ha mantenido y mantiene aún el vínculo maternal entre la recolección y publicación de datos con el derecho fundamental a la intimidad, de ahí que los constitucionalistas de 1993 hayan relegado a las bases de datos de protección constitucional si no afectan a la intimidad. No obstante, la legislación infraconstitucional ha buscado ampliar el ámbito de protección de la Constitución de 1993, recogiendo la mayoría de los principios contenidos en el derecho y jurisprudencia iberoamericano; sin embargo, aún no se ha abandonado esta dependencia que mantiene nuestra Constitución entre el derecho a la protección de datos y el derecho a la intimidad.

De lo dicho, queda claro que legislativamente existe una restricción al derecho fundamental a la protección de datos, la misma que se ha visto reflejada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional durante los años 1996 a 2010, ya que este órgano constitucional tampoco ha desvinculado el derecho a la protección de datos de otros derechos, como el de la intimidad o derecho a la información.

V. PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

V.1. Texto Actual

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...) 6.- A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (...)”

V.2. Reforma

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...) 6.- A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, soliciten la autorización del titular de la información a fin de ser incluido en una base de datos, la cual tendrá existencia por un periodo y finalidad determinada, no debiendo incluirse datos sensibles que originen actos discriminatorios.

La persona, natural o jurídica, pública o privada, encargada de proteger la información de una base de datos, deberá garantizar que los titulares puedan acceder, actualizar, rectificar y cancelar los mismos de manera gratuita, asimismo, deberá garantizar las medidas de seguridad necesarias a fin de evitar un mal uso de la información”.

VI. CONCLUSIONES

1. El derecho a la protección de datos es un derecho autónomo con respecto al derecho a la intimidad y comprende los principios de libertad informática, el cual garantiza el acceso, la actualización y rectificación de la información contenida en las bases de datos; el principio del consentimiento del titular para la recolección de sus datos; el principio de finalidad de la información recolectada, y el principio de garantía, tanto en su deber positivo como impedimento de acceso, como en su deber negativo como evitar conductas que pongan en peligro las bases de datos.
2. Existe una tendencia de reconocimiento de la autonomía del derecho fundamental a la protección de datos en las constituciones y legislaciones Iberoamericanas, tanto en su aspecto de libertad informática, principio de consentimiento, finalidad,



seguridad y/o garantía, incluyéndose otros aspectos como la calidad de datos que excluye a los datos sensibles, la temporalidad que busca que la información sea mantenida por un periodo de tiempo determinado y la gratuidad en el acceso.

3. Gran parte de los Tribunales Constitucionales Iberoamericanos y de las Cortes Supremas Iberoamericanas, que hacen las veces de Tribunales Constitucionales, acogen la defensa del derecho fundamental a la protección de datos como un derecho autónomo, aceptando los principios de libertad informática en su acceso, actualización y rectificación; el principio de consentimiento del titular, el mismo que incluso puede quedar viciado por la desigualdad entre las partes; el principio de finalidad que busca evitar la información discriminatoria y la violación del secreto profesional; y, el principio de garantía que busca la prevención de riesgos innecesarios.
4. En el Perú no existe un desarrollo constitucional del derecho a la protección de datos, ya que el mismo ha estado unido a otros derechos como la intimidad, el honor, la buena reputación y el acceso a la información; asimismo, la ley sobre protección de datos personales también ha mantenido esta unión, relegando a la protección de datos a una derivación de otros derechos fundamentales y sosteniendo que la Administración Pública puede restringirlo sin la intervención judicial, razón por la cual se hace imprescindible la inclusión constitucional del derecho a la protección de datos.



VII. BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS

- BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique. (2007). "El derecho a la autodeterminación informativa, Internet y nuevas tecnologías". En: (2007). *El Derecho frente a la ciencia y la Tecnología. Libro Homenaje a César Delgado Barreto y César Fernández Arce*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- BLOSSIERS HÜME, Juan José. (2003). *Criminalidad informática*. Lima, Editorial Librería Portocarrero.
- CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. (1993). *Diario de los Debates. Debate Constitucional. Pleno-1993*. Tomo I. Lima
- GALLOUEDEC-GENUYS, Françoise y LEMOINE, Philippe. (*La informatización: riesgos culturales*. Barcelona, Editorial Mitre.
- GATES III, William H. *Camino al futuro*. New York, Editorial Penguin Books.
- GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo. (2002). *HABEAS DATA (Ley 25.326 y reglamentación)*. Santa Fé, Editorial Rubinzal Culzoni.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. (1990). *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid, Editorial Tecnos.
- LUNA CERVANTES, Eduardo. (2003). "El Hábeas Data y los derechos en él protegidos. A propósito de una reciente sentencia del TC". En: *Cuadernos Jurisprudenciales*. Tomo 28. Octubre del 2003. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
- MENDOZA LUNA, Amílcar Adolfo y RIVERA GODO, Mariela "Derecho a la intimidad y los riesgos del uso de la Internet: Técnicas para obtener información privada sin consentimiento del usuario y propuestas para evitarlo a partir del Derecho". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 95. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
- MORALES GODO, Juan. (1995). *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Lima, Editorial Grijley.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. (1993). "Dilemas actuales de la protección de la intimidad". En: *Ius et Praxis*. N° 21-22. Lima, Universidad de Lima.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. (1999). *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. Sexta Edición. Madrid, Editorial Tecnos.
- ROSEN, Jeffrey. (2000). "La intimidad amenazada". Artículo del New York Times reproducido en: *Expreso*. Edición del 12 de mayo del 2000.
- RUBIO CORREA, Marcial. (1994). *Para conocer la Constitución de 1993*. Tercera Edición. Lima, Editorial DESCO.
- SORIA LUJÁN, Daniel. (2003). "Reflexiones sobre algunos aspectos procesales y jurisprudenciales del hábeas data". En: *Cuadernos Jurisprudenciales*. Tomo 28. Octubre del 2003. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.



TOFFLER, Alvin. (1994). *La tercera ola*. Madrid, Plaza & Janes.

VEGA MERE, Yuri. (1996). *Derecho Privado*. Tomo I. Lima, Editorial Grijley.

VELEZMORO P., Fernando. (2006). "La protección de datos personales, la discusión sobre el bien jurídico tutelado y la posición del Tribunal Constitucional". En: *Sección de Actualidad Jurídica*. Tomo 150. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.

B. INTERNET

CASACUBERTA, David. La privacidad en los nuevos medios electrónicos. Aspectos técnicos y sociales". En: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=276>, consultada por última vez el 01 de mayo del 2009.

FROSINI, Vittorio. "Banco de datos y tutela de la persona". En: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_030_022.pdf, consultada por última vez el 01 de mayo del 2009.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. "Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa". En: <http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/lucas.pdf>, consultada por última vez el 01 de mayo del 2009.

MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca. "La Intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger". En: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837217548924839654435/cuaderno13/doxa13_11.pdf, consultada por última vez el 01 de mayo del 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique "Informática y Libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución Española". En: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_024_033.pdf, consultado por última vez el 01 de mayo del 2009

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

EXP. N° 7309-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07309-2006-HD%20Resolucion.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00050-2009-PHD. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00051-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00273-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00273-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00284-2007-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00284-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00290-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00290-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00295-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00295-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00298-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00298-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00300-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00330-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00390-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00390-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00485-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00485-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00565-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00566-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00572-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00712-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00712-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00746-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00849-2010-PDH/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00862-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00981-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00981-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 00987-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00987-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 01083-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01083-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 01141-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 01192--2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 01266-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 0134-2003-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00134-2003-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 01347-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.



última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 01454-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 01475-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 01515-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 01673-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 01805-2007-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 01861-2008-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 01864-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 01912-2007-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01912-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 01988-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 02355-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 02636-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 02813-2007-PA/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 02814-2008-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 0282-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00282-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 02845-2008-HD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 0286-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00286-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 02892-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 03002-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por

última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 03120-2007-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03120-2007-HD%20Resolucion.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 03156-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 03221-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 0333-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00333-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 03351-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 03588-2007-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 03734-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03734-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 03790-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03790-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 03803-2008-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 03849-2007-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03849-2007-HD%20Resolucion.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 03958-2007-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03958-2007-HD%20Resolucion.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 03971-2004-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03971-2004-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 04012-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 04145-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 04146-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 04407-2007-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 0447-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00447-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 04573-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04573-2007-HD.html>,



consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 04627-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04627-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 04645-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 04872-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04872-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 04884-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 04886-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 05163-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05163-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 05254-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 05378-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 05486-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 0554-2010-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 05745-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 05898-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 06040-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 06069-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 06070-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 06109-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 06164-2007-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06164-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 0644-2004-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00644-2004-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 06481-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06481-2007-HD%20Resolucion.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 06759-2008-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 08427-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/08427-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 08596-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/08596-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 08730-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/08730-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 08958-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/08958-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 09464-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09464-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 09466-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09466-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 09478-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09478-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 09482-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09482-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 09490-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09490-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 09492-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09492-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 09494-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09494-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 0959-2004-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00959-2004-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 0979-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00979-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 0989-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00989-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 09925-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09925-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 1004-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01004-2006-HD%20Resolucion.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.



EXP. N° 10425-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10425-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 10614-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10614-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 10669-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10669-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 10670-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10670-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 10682-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10682-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 10696-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10696-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 1136-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01136-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 1213-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01213-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 1262-2007-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01262-2007-HD%20Resolucion.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 1277-2007-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01277-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 1323-2007-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01323-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 1331-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01331-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 1376-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01376-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 1606-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01606-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 1614-2005-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01614-2005-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 1797-2002-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01797-2002-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 1994-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01994-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 10411-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10411-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 214-2000-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00214-2000-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 2161-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02161-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 2169-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02169-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 2193-2006-PHD. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/02193-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 2209-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02209-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 2217-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02217-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 2620-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02620-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 2624-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02624-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 2631-2009-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 288-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00288-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 3052-2007-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03052-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 3136-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03136-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 3145-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03145-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 315-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00315-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 3492-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03492-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 3869-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03869-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 4566-2004-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04566-2004-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 4600-2005-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04600-2005-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.



EXP. N° 4739-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04739-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 4885-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04885-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 5379-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05379-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 5812-2006-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05812-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 6325-2007-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06325-2007-HD%20Resolucion.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 6384-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06384-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 769-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00769-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 771-2007-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00771-2007-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 8942-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/08942-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 9178-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09178-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 9462-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09462-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 9469-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09469-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 9470-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09470-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 9474-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09474-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 9475-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09475-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 9476-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09476-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 9477-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09477-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 9480-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09480-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 9483-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09483-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 9487-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09487-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 9493-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09493-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 9755-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09755-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 9944-2005-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09944-2005-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 9967-2006-PHD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09967-2006-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 03887-2008-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 2242-2008-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 3619-2005-HD/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03619-2005-HD.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXP. N° 4339-2008-PHD/TC. En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

SENTENCIAS EXTRANJERAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA

Expediente N° 2005-11514-24-RHD. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/expediente11514.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Expediente N° 2008-18038-37-RHD. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/expediente18038.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Expediente N° 2008-18484-37-RHD. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/expediente18484.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Expediente N° 2006-14024-29-RHD. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/expediente14024.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Expediente N° 2008-17488-35-RHD. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/expediente17488.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

Sentencia N° 142/1993. Publicada en: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1993-0142, consultada por última vez el 24 de octubre del 2008.

Sentencia N° 254/1993. Publicada en: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1993-0254, consultada por última vez el 24 de octubre del 2008.

Sentencia N° 60/1998. Publicada en: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1998-0060. Consultada por última vez el 24 de octubre del 2008.



Sentencia N° 126/1998. Publicada en: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1998-0126, consultada por última vez el 24 de octubre del 2008.

Sentencia N° 292/2000. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7467>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia N° 14/2003. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7982>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia N° 99/2004. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=8298>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia N° 153/2004. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=8352>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia N° 114/2006. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=8910>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia N° 110/2007. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9271>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia N° 159/2009. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9776>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia N° 43/2009. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9658>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Sentencia T-054/08. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-054-08.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-137/08. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-137-08.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-167/08. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-167-08.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-284/08. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-284-08.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-547/08. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-547-08.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-848/08. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-848-08.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-947/08. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-947-08.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-1017/08. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-1017-08.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-1135/08. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-1135-08.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-1216/08. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-1216-08.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-067/07. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-067-07.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-173/07. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-173-07.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-272/07. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-272-07.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia C-336/07. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-336-07.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-559/07. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-559-07.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-705/07. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-705-07.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-771/07. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-771-07.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-798/07. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-798-07.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-204/06. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-204-06.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-684/06. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-684-06.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-698/06. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-698-06.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-943/06. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-943-06.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-949/06. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-949-06.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-018/05. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-018-05.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-565/05. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-565-05.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-657/05. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-657-05.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-1319/05. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1319-05.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-049/04. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-049-04.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.



Sentencia T-079/04. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-079-04.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-846/04. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-846-04.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

Sentencia T-703/04. Publicada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-703-04.htm>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA

EXPEDIENTE N° 10-008539-0007- CO. Publicada en: http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=XYZ¶m2=1&nValor1=1&nValor2=493198&strTipM=T&lResultado=8, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL SALVADOR

Sentencia N° 118-2002. Publicada en: http://www.csj.gob.sv/constitu/jur_base.htm, consultada por última vez el 24 de octubre del 2008.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ

EXPEDIENTE N° HD472-2002. Publicada en: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXPEDIENTE N° 074-03. Publicada en: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

EXPEDIENTE N° HD-349-2003. Publicada en: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

CORTE SUPREMA DE ARGENTINA

Sentencia N° P. 589. XLI. Publicada en: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=146447>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011.

CORTE SUPREMA DE NICARAGUA

Sentencia N° 80. Publicada en: <http://www.poderjudicial.gob.ni/arc-pdf/boletín1ersemestre2003.pdf>, consultada por última vez el 10 de agosto del 2011).



► TERCER PUESTO

APUNTES SOBRE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD ¿INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O REDIMENSIONAMIENTO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EXTENSIVA?

Dr. EDWIN VILMER FIGUEROA GUTARRA

283

Doctor en Derecho. Juez Superior Titular de la Sala Constitucional en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Profesor Asociado en la Academia de la Magistratura, Docente en el Área Constitucional en la Universidad San Martín de Porres, filial Chiclayo; Becario del Consejo General del Poder Judicial de España en los cursos “Procesos de tutela de derechos fundamentales”, Montevideo, Uruguay, 2011; “La garantía internacional de los derechos humanos y su impacto en el Derecho Constitucional de los Estados”. Montevideo, Uruguay, 2010; y “La Constitucionalidad de las Leyes”, Cádiz, España, 2009. Becario del curso de Derechos Humanos en Washington College of Law de la American University, Washington D.C., Estados Unidos, 2009.

INTRODUCCIÓN

Remontarnos al análisis normativo jurisprudencial de los crímenes de lesa humanidad conlleva varios retos pues exige, de entrada, **modificar actitudes convencionales** de los jueces para examinar los hechos que configuran graves ilícitos penales desde una perspectiva diríamos excesivamente formalista. En segundo lugar, exige una **visión interpretativa redimensionada** pues no se trata de actos convencionales en perjuicio de determinados grupos de personas sino de afectaciones sustantivamente importantes respecto de la vida de las personas y, en ese contexto, se exige al intérprete la modificación sustancial de los parámetros de interpretación del Derecho Penal y de sus elementos previos, como sucede con el principio de legalidad penal y la exigencia de las formas procesales. En tercer término, igualmente la dilucidación de estos casos exige una posición de **activismo judicial** en pro de los derechos humanos, en cuanto estos tienen un efecto de vinculatoriedad que trasunta las posiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad, posturas interpretativas que han sido a su vez asumidas por el Tribunal Constitucional así como por los jueces del Poder Judicial; éstos últimos primeros defensores de la legalidad y el ordenamiento constitucional en los procesos constitucionales de la libertad.

Juzgar, entonces, desde la perspectiva de una actitud distinta frente a valores tradicionales, asumiendo un enfoque interpretativo extensivo, y enfocar la dimensión garantista de los derechos humanos, representa una tarea de indudable valor para los jueces constitucionales en su calidad de entes legitimadores del Estado Democrático y Social de Derecho, que se consagra con fuerza desde la Ley Fundamental de Bonn, para trasuntar un deber de los jueces y de la sociedad para con cierto tipo de delitos. Tales ilícitos no pueden ser enfocados desde la perspectiva de los juzgamientos convencionales, ceñidos en suma forma al principio de legalidad, y por ende, una visión de los mismos desde la imprescriptibilidad transmite una posición de reexamen de los derechos fundamentales en sede penal los cuales, en caso de sufrir graves afectaciones a sus contenidos sustantivos, hacen devenir a los ilícitos en los cuales se insertan como crímenes de lesa humanidad.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Objetivamente nos planteamos un problema de suyo complejo y en efecto, si se quiere una mirada previa de nuestro problema, eventualmente una conclusión por cierto



apresurada y no definitiva sería aquella expresada en el sentido de que, en caso se acepte nuestra tesis de imprescriptibilidad, el correlato inmediato será fallar contra el sentido de las normas prescriptivas, las cuales representan un primer peldaño del Estado constitucional, en la medida que la seguridad jurídica representa uno de los valores angulares del Estado que proyecta nuestra Carta Fundamental.

La preocupación es singularmente grave: los crímenes de lesa humanidad finalmente representan delitos y constituyen afectaciones pluriofensivas a distintos bienes jurídicos. Su condición de acciones típicas, antijurídicas y culpables, exigirían la aplicación rigurosa de la ley penal y sin embargo, su tratamiento difiere del *modus operandi* en relación al juzgamiento que reciben otros delitos.

Es sumamente complejo para el juez penal -es una parte del problema que planteamos- romper con elementos esenciales del juicio jurídico penal como el principio de legalidad penal en supuestos de temporalidad de la acción y configuración de la aplicación de la ley penal en el tiempo y sin embargo, es una primera exigencia de los juzgamientos de los crímenes de lesa humanidad. Es decir, ¿podemos acaso juzgar un crimen de lesa humanidad si a la fecha de ocurrido el hecho nuestro país aún no reconocía dicha figura penal?

La respuesta desde el Derecho Penal de suyo sería negativa. Si no existe ley previa, es totalmente inviable la configuración del delito bajo el brocardo *Nullum crimen nulla poena sine praevia lege*³⁸⁰. Y en verdad tal razonamiento asumiría mucha lógica aristotélica desde el momento en que un silogismo de primera entrada nos diría que si no ubicamos la premisa mayor- la norma del caso- difícilmente o de manera prácticamente nula podríamos trabajar la premisa menor o cuestión fáctica, deviniendo más inviable aún consolidar una conclusión.

Sin embargo, desde la óptica del Derecho Constitucional y de la dimensión que asumen los derechos fundamentales al ser juzgados delitos pluriofensivos como crímenes de lesa humanidad, la respuesta puede ostensiblemente variar y, eventualmente, resultar totalmente contrapuesta al involucrar una exigencia de redimensionamiento de los derechos humanos afectados en la controversia.

³⁸⁰ "Ningún delito, ninguna pena sin ley previa", brocardo que transmite dos ideas centrales: el acto objeto de reproche para ser calificado como ilícito penal debe estar establecido con anterioridad en una norma penal. De la misma forma, para que proceda la imposición de la pena, ésta debe estar igualmente preestablecida.

Tal es el sentido que pretendemos esbozar en esta investigación, a partir de la STC N° 024-2010-PI/TC, caso Decreto Legislativo N° 1097 y de la STC N° 03173-2008-PHC/TC, caso Teodorico Bernabé Montoya con voto singular del magistrado César Landa Arroyo, decisiones que recogen los lineamientos de varios pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a los crímenes de lesa humanidad. En esa misma línea asumimos la necesidad de puntualizar algunas facetas de nuestra realidad judicial así como una visión de conjunto del trabajo de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, aspectos que en conjunto recogen varias cuestiones centrales respecto al procesamiento de los crímenes de lesa humanidad, así como las denominadas graves violaciones a los derechos humanos.

Los casos referidos, a grandes rasgos, traducen una posición de suma importancia para los jueces constitucionales, en la medida que los juzgamientos que atañen a crímenes de lesa humanidad exigen la remoción de obstáculos formales y materiales, que impidan el juzgamiento respecto de dichos delitos. De otro lado, plantean exigencias de suma complejidad a los jueces del Poder Judicial, en tanto debe ponderarse en qué medida resulta afectada, de un lado, la seguridad jurídica, y de otro lado, en qué forma se logra satisfacer una exigencia impostergable que plantean los juzgamientos en los cuales se ven involucrados los bienes jurídicos afectados por este tipo de crímenes. Los jueces del Poder Judicial, de esa forma, se enfrentan a una disyuntiva que exige ser resuelta optimizando los derechos humanos concernidos, en tanto el respeto de éstos exige una serie de tareas, por cierto delicadas, como contravenir, en determinada dimensión, el principio de legalidad, al tiempo que plantea una forma distinta de interpretar los derechos fundamentales concernidos, en buena cuenta, los derechos humanos desde una perspectiva de protección por parte del sistema interamericano.

"El pleno goce individual de los derechos legítimos del hombre, sólo pueden mermarse con la desidia o exceso de los que los ejerciten."

José Martí

I. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Esbozamos en este capítulo algunas primeras ideas refiriéndonos a definiciones aproximadas de los crímenes de lesa humanidad, a los bienes jurídicos afectados (en referencia abierta y no *clausus*) así como al importante aspecto de la tipificación de estos crímenes, tarea que por excelencia corresponde a los jueces de la jurisdicción ordinaria penal, que en buena cuenta son quienes judicialmente asumen conocimiento respecto de los ilícitos penales.

1.1. Concepto de los crímenes de lesa humanidad

Una primera referencia a los crímenes de lesa humanidad se encuentra en el Estatuto del Tribunal Internacional de Núrenberg, de fecha 06 de octubre de 1945, el cual desarrolla una mención de entrada en el contexto internacional al concepto de “*crímenes contra la humanidad*”³⁸¹.

Si bien el referido Estatuto consagra esta definición primera, respecto al Tribunal de Núrenberg surgió un debate sobre su existencia, el cual se ciñó a dos aspectos: a) Se objetaba que el Tribunal construyó y tipificó la figura de delitos que hasta entonces si bien eran percibidos como graves acciones contra la humanidad no fueron sino con el propio Tribunal de Núrenberg definidos bajo el *nomen iuris* de delitos perseguibles *sine die*, es decir, sin pauta de plazo o término definitivos, por crímenes ocurridos antes de la guerra o durante la misma. La mención a crímenes antes de la formación del Tribunal resultó una cuestión de objeción desde un inicio; b) Se constituyó como un Tribunal de Vencedores, rompiendo *prima facie* el principio del “juez natural” para precisamente juzgar por delitos graves calificados como crímenes contra la humanidad. Sin embargo, esta última atingencia merece una observación muy cauta: era prácticamente inviable, culminada la Segunda Guerra Mundial y encontrándose Alemania en ruinas, cumplir el principio del “juez natural” en tanto no existían ni condiciones formales ni materiales para llevar adelante, por parte de jueces alemanes, los juzgamientos a militares alemanes por los crímenes de guerra cometidos. En consecuencia, el Tribunal de Núrenberg surgía como un mecanismo necesario sobre cuyos hombros se encargaba la delicada tarea de investigar respecto de los crímenes contra la humanidad, definir la responsabilidad de los procesados e imponer las penas necesarias³⁸².

³⁸¹ Estatuto del Tribunal Internacional de Núrenberg

“...Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal:

(c) CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan”.

³⁸² El Tribunal Militar Internacional de Núrenberg (Alemania) procesó entre el 18 de octubre de 1945 y el 01 de octubre de 1946 a los 22 principales militares alemanes- criminales de guerra- por los cargos de conspiración, crímenes en contra de la paz, crímenes de guerra, y crímenes contra la humanidad. De ellos, 12 fueron condenados a muerte, 3 a cadena perpetua, y 4 a condenas de 10 a 20 años, 3 fueron absueltos. Luego tuvieron lugar otros juicios de carácter secundario.

Un mayor perfeccionamiento de la tipificación de los crímenes de lesa humanidad se produce en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, o “Estatuto de Roma”, vigente para Perú desde el 01 de julio del 2002, cuyo artículo 7, en un primer orden³⁸³, complementa la definición de entrada de Núrenberg para imponer determinados elementos configurativos de este crimen, a modo de categorías conceptuales de estos crímenes, y luego, en segundo lugar, establece, a modo de desarrollo de las definiciones que anteceden, determinadas ideas complementarias³⁸⁴. Tales aspectos son señalados por

³⁸³ Estatuto de Roma. Artículo 7:

“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;
b) Exterminio;
c) Esclavitud;
d) Deportación o traslado forzoso de población;
e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
f) Tortura;
g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
i) Desaparición forzada de personas;
j) El crimen de apartheid;
k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

³⁸⁴ “2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;
b) El ‘exterminio’ comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;
c) Por ‘esclavitud’ se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;
d) Por ‘deportación o traslado forzoso de población’ se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;
e) Por ‘tortura’ se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;
f) Por ‘embarazo forzado’ se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;



la STC N° 3173-2008-PHC/TC, caso Teodorico Bernabé Montoya, voto de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pp. 34 y 35, y la STC 024-2010-PI/TC, p. 49³⁸⁵.

Importante es advertir, en consecuencia, que dichos elementos constitutivos exigen, entonces, una concurrencia copulativa de una grave afectación de la dignidad humana con mella de la integridad física o mental de la víctima, en el contexto de un ataque generalizado³⁸⁶ o sistemático³⁸⁷, bajo una política promovida o consentida por el Estado y cuyo sujeto pasivo sea la población civil.

g) Por 'persecución' se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por 'el crimen de apartheid' se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por 'desaparición forzada de personas' se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término 'género' se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término 'género' no tendrá más acepción que la que antecede.

³⁸⁵ STC N° 024-2010-PI/TC. caso Decreto Legislativo N° 1097.

49. (...) resumidamente, puede sostenerse que un acto constituye un crimen de lesa humanidad: a) cuando por su naturaleza y carácter denota una grave afectación de la dignidad humana, violando la vida o produciendo un grave daño en el derecho a la integridad física o mental de la víctima, en su derecho a la libertad personal o en su derecho a la igualdad; b) cuando se realiza como parte de un ataque generalizado o sistemático; c) cuando responde a una política (no necesariamente formalmente declarada) promovida o consentida por el Estado; y, d) cuando se dirige contra población civil. Siendo que estas condiciones deben presentarse copulativamente.

³⁸⁶ Al respecto el Tribunal Internacional Penal para Ruanda señala que el ataque generalizado es un ataque "masivo [o en] acción a gran escala, (...) con considerable seriedad y dirigido contra múltiples víctimas" (Cfr. The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu, Caso N° ICTR-96-4-T, Sentencia del 02 de septiembre de 1998, párrafo 585). En STC N° 024-2010-PI/TC. Op. Cit. p. 48.

³⁸⁷ El Tribunal Internacional Penal para Ruanda precisa que un ataque sistemático implica un ataque que sigue "un patrón regular basado en una regla de acción común que involucra una fuente substancial pública o privada. No hay requerimiento de que esta regla de acción sea adoptada formalmente como una política del Estado. Sin embargo, debe haber algún tipo de regla de acción o plan preconcebido" (Cfr. The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu, Op. Cit., párrafo 585). En STC N° 024-2010-PI/TC, Op. Cit. p. 48.

En el ámbito interamericano igualmente han sido objeto de análisis los ataques generalizados o sistemáticos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad" (Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre del 2006, párrafo 96). En STC N° 024-2010-PI/TC, Op.Cit., p. 48.

I.2. Bienes jurídicos afectados

Los bienes jurídicos afectados por los crímenes de lesa humanidad son los siguientes³⁸⁸:

I.2.a) La vida, cuya base constitucional es el artículo 2, inciso 1) de la Carta Fundamental. No hay mayor trasgresión posible que la pérdida del bien jurídico vida. Su pérdida resulta la vulneración más grave respecto de todos los bienes jurídicos comprometidos en los crímenes de lesa humanidad. Se subsumen en este bien el asesinato, el exterminio y la desaparición forzada de personas.

I.2.b) La integridad personal³⁸⁹, prevista en el artículo 2, inciso 1) de la Constitución. Las afectaciones a este bien pueden ser respecto de la integridad física o la salud mental de las víctimas. Los crímenes de lesa humanidad producen severas lesiones en sus víctimas, infligiéndoles daño permanente o temporal. Respecto de este bien, la tortura, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, y la esterilización forzada, son los tipos que expresan este tipo de graves afectaciones.

I.2.c) La libertad personal, protegida por el artículo 2, inciso 24) de la Constitución. Técnicamente es reconocido este derecho en el Código Procesal Constitucional como libertad individual bajo la premisa de una idea omnicompreensiva, esto es, de inclusión de determinados derechos con una idea abierta hacia otros derechos conexos³⁹⁰. Un crimen de lesa humanidad puede advertir la variante de acciones u omisiones que afecten la libertad individual de las víctimas. Aquí podemos individualizar las causales de esclavitud, deportación o traslado forzoso de la población, encarcelación o privación grave de la libertad física.

³⁸⁸ STC 024-2010-PI/TC. Op. Cit., p. 46.

³⁸⁹ Igualmente el Código Procesal Constitucional considera la integridad personal como un nuevo derecho tutelado a partir de la definición contenida en el artículo 25 de dicha norma, el cual señala: *Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:*

1) La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.(...)

³⁹⁰ Código Procesal Constitucional. Artículo 25, parte in fine

"También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.



1.2.d) La igualdad³⁹¹, contemplada en el artículo 2, inciso 2) de la Norma Fundamental. El crimen del *apartheid* identifica con propiedad la causal de afectación al bien jurídico igualdad, en tanto supone una discriminación racial o étnica, sin mayor fundamento que la exclusión inmotivada.

Sin perjuicio de los bienes jurídicos señalados, resulta necesario destacar que los crímenes de lesa humanidad pueden igualmente ser tipificados respecto de otros actos inhumanos que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental de la víctima, de donde es necesario inferir una cláusula abierta³⁹² respecto de toda acción gravosa que afecte los bienes jurídicos señalados o a nuestro entender, otros conexos.

1.3. Tipificación de los crímenes de lesa humanidad

Este deber compete a los jueces penales de la jurisdicción ordinaria para los cuales la identificación de las condiciones de un delito que coincida con aquellas previstas por el Estatuto de Roma, significa una obligación imperativa de investigar, juzgar y sancionar al interior de todo proceso penal.

Sin perjuicio de lo sustentado, los jueces constitucionales, solo ante una circunstancia justificada de omisión de actuación de los jueces penales, quedarían habilitados para la identificación de estos crímenes mas no desde la perspectiva de los deberes impuestos de tipificación por parte de los jueces penales, sino solo desde la afectación de un derecho fundamental que, a su vez, colisiona frontalmente con la figura de la prescripción de los crímenes de lesa humanidad. Vale decir, solo desde una actuación insuficiente de la justicia penal, el juez constitucional, invocando interpretación extensiva en sede constitucional y siempre que las circunstancias del caso así lo evidencien, podrá entender afectado un derecho fundamental y por tanto, asumir que

³⁹¹ Constitución 1993. Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho: (...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

³⁹² STC N° 895-2001-AA/TC. Caso Rosado Adanaqué.

"5. (...) para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de 'desarrollo de los derechos fundamentales', cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3 de nuestra Constitución.

resulta imprescriptible determinado crimen que puede bien revestir las condiciones de un crimen de lesa humanidad. En este caso, opera una interpretación correctora del juez constitucional: no declara un crimen de lesa humanidad, sino entiende afectado el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental por la existencia de una cuestión de imprescriptibilidad respecto de un crimen de lesa humanidad.

A este respecto, corresponde distinguir, como idea relevante para el resto de nuestro trabajo, que los derechos fundamentales tienen una connotación respecto al ordenamiento constitucional interno, en tanto que los derechos humanos gozan de una perspectiva de tutela desde la Convención Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia en la materia. En consecuencia, no hay una diferencia taxativa sino de grado y de acuerdo al ámbito en el cual se dilucide la protección de un derecho: si lo es en sede nacional, será protegido un derecho fundamental; si lo es en el sistema interamericano, lo serán los derechos humanos. Aún así, la diferencia es solo de entrada pues en rigor no existen diferencias conceptuales determinantes.

Esta forma de entender *ex novo* los derechos más representativos de las personas, constituye un accionar interpretativo que privilegia los derechos fundamentales. Para ello, se requiere una visión de entendimiento del problema sobre la base de un accionar extensivo, esto es, corrector de las insuficiencias que acuse el principio de legalidad penal. De esa forma, asumimos que el derecho es también un conjunto de principios y no solo de normas.

II. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

La noción de imprescriptibilidad nos transmite la noción de un asunto que no tiene término, que a su vez no concluye por causal alguna. Tal idea, en relación a los crímenes de lesa humanidad, nos conduce a definir algunos conceptos previos respecto a la prescripción, en tanto habrán conductas perseguibles por el Estado que sí se subsumirán dentro del tipo de la prescripción y de la misma forma, determinados actos, especialmente identificados por determinados caracteres de acuerdo al artículo 7 del Estatuto de Roma, estarán sujetos a un *status* especial: la persecución de los mismos, en tanto crímenes de lesa humanidad, será indefinida. Por otro lado, la imprescriptibilidad colisiona gravemente con el principio de legalidad penal y sin embargo, ¿existe una relación entre ambos conceptos? Finalmente, será necesario asumir que la prescripción puede presentar diversos grados sobre los cuales habrá que discernir la procedencia de la imprescriptibilidad.



II.1. Consideraciones sobre la prescripción

En la valoración de las vulneraciones a los derechos fundamentales es importante distinguir los niveles de afectación del derecho concernido en tanto solamente las transgresiones ostensibles, manifiestas y sustantivas a un derecho fundamental pueden ser objeto de atención en sede constitucional, derivándose otro tipo de trasgresiones a las vías que la normativa constitucional y legal asignan.

Esta es una regla de oro en la justicia constitucional, la cual no puede resultar una cuarta instancia en mérito a los alcances de la fórmula Heck³⁹³. En otros términos, aquellas controversias que fueron discutidas a nivel de la justicia ordinaria, no pueden ser nuevamente objeto de discusión bajo el alegato de la sola afectación a un derecho fundamental. La fórmula Heck transmite, de esta forma, una necesaria pauta de racionalización de los controversias dentro de las funciones cognitivas que desarrollan los jueces constitucionales. En adición a lo señalado, si un derecho fundamental reviste en la definición clásica un contenido esencial, no esencial y uno adicional³⁹⁴, tales niveles solo permiten definir un concepto de entrada respecto a los ámbitos de un derecho fundamental.

³⁹³ STC N° 0575-2006-PA/TC, Caso Fernando Salmón.

"4. Al Tribunal no le es ajeno que en la aplicación del derecho ordinario se puedan afectar los derechos fundamentales. Por ello aplicando la denominada 'fórmula Heck', empleada por el Tribunal Constitucional Federal alemán o la denominada 'fórmula de la cuarta instancia', utilizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, hemos sostenido que "La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales son asuntos de los tribunales competentes para tal efecto, y se encuentran sustraídos de la revisión posterior por parte del Tribunal Constitucional (...); sólo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional (...) entrar a conocer el asunto (...). [L]os procesos de subsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos del examen posterior del Tribunal Constitucional Federal, siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto. (BverfGE 18, 85 –sentencia del 10 de junio de 1964–)" [STC N° 09746-2005-PHC/TC, Fund. Jur. N° 4].

³⁹⁴ MEDINA GUERRERO, Luis. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, p. 41. Señala el autor: "en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales".

Técnicamente, el Código Procesal Constitucional adopta una mejor definición³⁹⁵, al aludir al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, en una previsión más técnica de la referencia al núcleo duro de un derecho que, finalmente, es el concepto relevante a tener en cuenta para la protección de un derecho fundamental.

En ese orden de ideas, la referencia a la imprescriptibilidad exige necesariamente considerar los patrones de prescripción y principalmente, definir si el derecho a la prescripción adopta la forma de un derecho fundamental, esto es, si un procesado puede invocar, en el seno de un proceso penal, su derecho a que la causa prescriba en virtud del transcurso del tiempo o bien porque hubiera transcurrido un plazo razonable desde la apertura de la investigación en la cual se encuentra inmerso.

La prescripción como tal se encuentra inmersa en el artículo 80³⁹⁶ del Código Penal. Su plazo máximo es de 30 años. A su vez, el plazo razonable ha sido objeto de un intenso debate en la jurisprudencia constitucional peruana³⁹⁷, a partir de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Suárez Rosero vs. Ecuador, Genie Lacayo vs. Nicaragua, Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, y Kawas Fernández vs. Honduras³⁹⁸, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Motta, Vernillo y Unión Alimentaria Sanders SA.³⁹⁹

II.2. Principio de legalidad penal

La prescripción se encuentra directamente vinculada al principio de legalidad penal, en cuanto aquella resulta ser la consecuencia material de la aplicación de las leyes penales.

³⁹⁵ Código Procesal Constitucional. Artículo 5. Causales de improcedencia

"No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado".

³⁹⁶ Artículo 80.- Prescripción de la acción penal

"(...) La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años. (...)".

³⁹⁷ Cfr. STC N° 3509-2009-PHC/TC, Caso Chacón Málaga y STC N° 05350-2009-PHC/TC, Caso Salazar Monroe.

³⁹⁸ Cfr. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia de fecha 12 de noviembre de 1997; caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, sentencia de fecha 29 de enero de 1997; Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, sentencia de fecha 27 de noviembre del 2008; Caso Kawas Fernández vs. Honduras, sentencia de fecha 03 de abril del 2009, entre otros pronunciamientos.

³⁹⁹ Motta, sentencia de fecha 19 de febrero de 1991, Tribunal Europeo de DD.HH.; Vernillo, sentencia de fecha 20 de febrero de 1991, TEDH; y Unión Alimentaria Sanders SA., sentencia de fecha 07 de julio de 1989, TEDH.



Al respecto, el Tribunal Constitucional ha advertido respecto a este tema una precisión de exclusión respecto al contenido esencial del principio de legalidad penal⁴⁰⁰ en el sentido de que la prescripción no forma parte del contenido esencial de dicho principio.

Dicho aserto reviste sumo interés para nuestro tema en cuanto frente a una petición de prescripción, el juez debe evaluar, en primer lugar, si efectivamente el pedido reviste una forma de derecho de naturaleza legal o derecho fundamental. Si constituye un derecho de origen legal, a ser definido por la justicia ordinaria en el ámbito penal, la pretensión es resuelta por el juez penal en la medida que significa una potestad y atribución de ese juez natural. Dicho juez, de acceso propio por temas de competencia, es el juez penal que debe pronunciarse respecto a una petición enmarcada dentro de los cauces de un pedido con base normativa ordinaria.

Sin embargo, ¿cuándo reviste ese pedido naturaleza iusfundamental? A juicio nuestro y aplicando interpretación extensiva, cuando de por medio se haya concernido un derecho fundamental, el cual por acción u omisión, comienza a ser transgredido de alguna forma. Su materialización se expresaría en la circunstancia fáctica de que la petición de prescripción fuere denegada sobre la base de una motivación aparente, insuficiente o defectuosa⁴⁰¹, o bien que otro derecho fundamental pudiera verse afectado bajo la tesis de la conexidad.⁴⁰² O bien que la afectación pudiere provenir de terceros⁴⁰³, entre varias alternativas. Es en ese estado trascendente de la causa, cuando el juez advierte que la transgresión reviste naturaleza constitucional y que ya no procede plenamente la aplicación de la prescripción, por encontrarse vinculados otros principios, valores y directrices cuya naturaleza es prevalente frente a la interpretación literal que informa la simple aplicación subsuntiva de la prescripción.

⁴⁰⁰ STC N° 024-2010-PI/TC. Op.Cit.

"56. (...) El contenido esencial del principio de legalidad penal, se encuentra referido a la conducta típica y a la pena, más no a la prescripción de la acción penal. La Norma Fundamental, en su artículo 139, inciso 13, se limita a especificar uno de los efectos de la declaración de la prescripción penal ("produce[] los efectos de cosa juzgada"), y en su artículo 41 in fine, impone una regla para su cálculo en el caso de los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado (en estos casos, "[e]l plazo de la prescripción se duplica"), pero no la vincula con el contenido básico del derecho fundamental a la legalidad punitiva".

⁴⁰¹ Para ampliar estos escenarios contradictorios a una debida motivación vid. STC N° 00728-2008-PHC/TC. Caso Giuliana Llamoja, p.67.

⁴⁰² Es importante advertir que el proceso de habeas corpus contempla la tesis de la conexidad en cuanto un derecho vinculado a la libertad individual pudiera verse afectado de tal forma que advertiríamos que dos derechos son afectados: tanto la libertad personal así como el derecho conexo.

⁴⁰³ Por ejemplo, si la autoridad penitenciaria, no obstante un mandato de excarcelación por una causa prescrita, denegara injustificadamente una libertad procesal.

En esa lógica de ideas, es válido afirmar que la interpretación del principio de legalidad debe subordinarse a una interpretación que privilegia la protección de los derechos fundamentales. La figura de los crímenes de lesa humanidad es un claro ejemplo de esa cesión de espacios interpretativos y para que ello proceda, se debe satisfacer la tipificación de este tipo de crímenes como requisito de orden material.

II.3. Grados de la prescripción

Es conducente a determinar que la prescripción admite diversos grados. Una prescripción básica admitiría una decisión estimatoria del juez penal en tanto debe considerar el transcurso del tiempo a fin de conferir verosimilitud y fuerza de razón al pedido del procesado.

Adicionalmente, una prescripción compleja incluye dos escenarios:

II.3.a) La necesidad de valorar los elementos del plazo razonable. En tanto deben valorarse causales como la complejidad del asunto, la actividad procesal de las partes, la conducta de los jueces y la transgresión que hubiere sufrido el procesado como consecuencia del transcurso del plazo, es decir, cuál ha sido la real afectación a su derecho. Solo sobre la base del análisis de estos elementos puede considerarse afectado el plazo razonable⁴⁰⁴ y procedería la prescripción u otra forma de conclusión del proceso penal si se cumple el estándar de satisfacer la concurrencia copulativa de los elementos que integran el plazo razonable en objetiva afectación del derecho del procesado.

II.3.b) La exigencia de compatibilizar una ponderación entre el derecho fundamental a que una causa prescriba y en contraposición. La necesidad de atender al contexto de un crimen de lesa humanidad, el cual traduce necesariamente imprescriptibilidad. Vemos, en este aspecto, la notoria y manifiesta colisión de dos derechos fundamentales sobre los cuales el juez ha de pronunciarse ponderando cuál de ellos presenta un grado de mayor satisfacción, aspecto éste que debe prevalecer por sobre el nivel de afectación del derecho en pugna⁴⁰⁵. Si el juez ponderare a favor de la

⁴⁰⁴ La STC N° 53502-009-PHC/TC, Caso Salazar Monroe, precisa los siguientes elementos del plazo razonable:

22. En la sentencia del Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, la Corte IDH reafirmó que:

"112. (...) ha establecido que es preciso tomar en cuenta cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso".

⁴⁰⁵ Vid. ALEX. Robert. (2004). *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. p. 60.



imprescriptibilidad, determinará un mayor nivel de satisfacción del derecho fundamental a la verdad, entre otros derechos afectados, frente a una menor afectación del derecho del procesado a que la causa prescriba.

En nuestra posición, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad goza de un basamento material, el cual reviste dos razones sustantivas y que a su vez abarcará nuestras próximas líneas principales de trabajo: el derecho fundamental a la verdad y las normas de *ius cogens*. Sobre la base de estos dos conceptos jurídicos trascendentes podemos construir los fundamentos no solo formales sino también materiales de la imprescriptibilidad respecto a crímenes de lesa humanidad. Ellos justifican el contexto de una interpretación constitucional extensiva, que a su vez permite una infracción del principio de legalidad penal y de las formas procesales que identifican los juzgamientos en sede penal.

La imprescriptibilidad exige entender, como hemos señalado *supra*, un derecho de principios y no solo de normas. Éstas necesitan pues ser dúctiles⁴⁰⁶, maleables en alguna forma, a efectos de permitir una interpretación correctora que en realidad causa algún tipo de vulneración permitida al principio de legalidad penal, así lo entendemos mas solo para la protección eficaz de los derechos fundamentales, y no en función de una minusvaloración de las leyes penales. Entender esta figura representa la clave de bóveda de acceso a los derechos contemporáneos.

III. El derecho fundamental a la verdad

El derecho fundamental a la verdad representa un primer basamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, es decir, de su justificación material. A su vez, debemos asociar a este derecho fundamental en qué medida el transcurso del tiempo no debe afectar el derecho a conocer la verdad así como los elementos procedimentales que implican la remoción de obstáculos. Por otro lado, importa determinar, a propósito de este tema, cuál es el efecto respecto de Perú en que operan los términos de aplicabilidad de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad

III.1. Una idea de aproximación

Las investigaciones sobre crímenes de lesa humanidad implican un rasgo distintivo: resulta necesario y exigible determinar en cuáles condiciones se realizaron los crímenes materia de persecución- autores, medios materiales, etc.- y el transcurso del tiempo no puede paralizar una indagación de esta naturaleza.

El derecho a la verdad, como bien jurídico inalienable, constituye un derecho fundamental en cuanto representa una transgresión al conocimiento real de los crímenes de lesa humanidad cuya especial naturaleza reviste caracteres que diferencian estos delitos de aquellos ocurridos en sede penal. Si las circunstancias de estos delitos no son conocidas, debemos inferir, sin ambages, que implícitamente se produce una vulneración constante en el tiempo, y que la afectación al derecho a la verdad asume una dimensión *sine die*, es decir, permanente y sin término.

A modo de ejemplo, si bien producida la extinción de una vida humana, el rito cristiano, común en nuestro país, implica llevar adelante la costumbre de velar el cuerpo del occiso, resulta un contexto distinto que producida la *notitia criminis* de un evento delictuoso contra la vida de un ser humano, que el cuerpo de la víctima no aparezca y que la familia se vea imposibilitada de dar sepultura a ese ser cercano, situación que se traduce en una afectación permanente no solo al derecho de familiares directos afectados por la pérdida sino también al derecho de aquellos a conocer la verdad. Tal vulneración continua- de no conocer los hechos- o afectación continuada, justifica romper las reglas de la prescripción.

Y es reiterativa pero válida nuestra atingencia respecto a que importa conocer en cuáles condiciones se produjo la extinción de una vida humana, cuyo valor inconmensurable precisamente conduce a que no pueda considerarse cerrada una investigación si no se produce un esclarecimiento de la verdad. Es a partir de esta premisa que el derecho a la verdad se convierte en un derecho fundamental y su condición de afectación permanente en el tiempo- al no conocerse las causas de una muerte- conduce a que no pueda considerarse prescrita una investigación.

⁴⁰⁶ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*. Madrid, Editorial Trotta, p. 14.



Es esa la línea que sigue en el Perú la jurisprudencia constitucional en el caso Villegas Namuche⁴⁰⁷, así como en el ámbito interamericano, la sentencia Castillo Páez vs Perú⁴⁰⁸, la cual enfoca el derecho a la verdad desde una perspectiva conceptual y de lineamientos centrales para todos los países firmantes de la Convención.

El magistrado César Landa Arroyo, al desarrollar su voto singular⁴⁰⁹- equivalente al voto en discordia en el Poder Judicial- en la STC N° 03173-2008-PHC/TC, caso Teodorico Bernabé Montoya, enfatiza el carácter de exigencia común que implica el derecho a la verdad en tanto de un lado, representa una afectación a nivel individual, entendiendo aquí un daño a los familiares directos de la víctima, quienes resultan propiamente afectados al no conocer las circunstancias en las cuales el familiar malogrado perdió la vida. De otro lado, existe una afectación colectiva pues es toda la comunidad una entidad afectada

⁴⁰⁷ STC N° 2488-2002HC-TC, Caso Genaro Villegas Namuche.

⁴⁰⁸ §4. Derecho a la verdad

8. La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable.

9. Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible. Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas. El derecho a la verdad no sólo deriva de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44, establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que afectan la dignidad del hombre, pues se trata de una circunstancia histórica que, si no es esclarecida debidamente, puede afectar la vida misma de las instituciones".

⁴⁰⁸ Castillo Páez vs Perú, sentencia de fecha 03 de noviembre de 1997.

⁴⁰⁹ STC N° 03173-2008-PHC/TC, caso Teodorico Bernabé Montoya. Voto singular César Landa Arroyo.

"15. En esta misma dirección, sobre la dimensión colectiva del derecho a la verdad el Tribunal ha precisado: "el derecho a la verdad, en su dimensión colectiva (...) posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror. Tenemos una exigencia común de que se conozca cómo se actuó, pero también de que los actos criminales que se realizaron no queden impunes. Si el Estado Democrático y Social de Derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no sólo es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. Tenemos, en efecto, el derecho a saber, pero también el deber de **conocer qué es lo que sucedió en nuestro país**, a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática, presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Tras de esas demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos, desde luego, no sólo están las demandas de justicia con las víctimas y familiares, sino también la exigencia al Estado y la sociedad civil para que adopten medidas necesarias a fin de evitar que en el futuro se repitan tales hechos" (énfasis agregado).

por este tipo de crímenes en cuanto lesionan la memoria de los ciudadanos al impedir conocer cabalmente las graves violaciones a los derechos humanos que traducen los crímenes de lesa humanidad.

III.2. El transcurso del tiempo

No constituye óbice respecto a la investigación que hubiera transcurrido mucho tiempo desde ocurrido un crimen de lesa humanidad, en tanto no es propiamente el plazo el factor determinante respecto de la procedencia de una investigación por crímenes de lesa humanidad, sino la observancia del derecho a la verdad como derecho fundamental.

Sin perjuicio de lo expuesto, un caso de interés de la jurisprudencia internacional tiene relación con lo expuesto y arroja algunas consideraciones conceptuales de interés: el caso del juez Baltasar Garzón en España. Ante una denuncia, el juez Baltasar Garzón, en la perspectiva tutelar de la procedencia de actuaciones de los jueces frente a crímenes de lesa humanidad), se declaró competente en octubre del 2008 para investigar los crímenes del franquismo, ocurridos en los años 30 del siglo pasado, por la desaparición de 114,266 personas, principalmente ciudadanos españoles vinculados a los movimientos comunistas. La acción incoada se dirigía contra Francisco Franco y 34 jefes militares.

El juez Garzón se declaró habilitado para conocer el caso y estimó que no devenía aplicable la Ley N° 46/1977 del 15 de octubre de 1977, la cual fijaba amnistía respecto de todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas, realizados con anterioridad al 15 de diciembre de 1976.

El Sindicato español Manos Limpias acusó de prevaricato al juez Garzón por excederse en sus competencias respecto a la investigación iniciada contra los líderes del franquismo, los cuales en su totalidad ya eran sujetos fallecidos. Más aún, sustentaba la parte denunciante que la Ley de Amnistía impedía la investigación del juez Garzón y no obstante ello, se había iniciado la investigación. Realizada la investigación, el Consejo General del Poder Judicial CGPJ suspendió al juez Garzón por unanimidad (18 votos) en sus funciones, en razón de incurrir en infracción a sus deberes.

Resulta claro el objetivo de Garzón respecto de la procedencia de la investigación formulada y sin embargo, fue sancionado porque una ley ya establecía el cierre de las investigaciones dispuestas.

En nuestra opinión, el Consejo General del Poder Judicial español no consideró la necesaria prevalencia del derecho fundamental a la verdad y sin embargo, esto nos lleva a un segundo factor de evaluación: si nuestra tesis sobre imprescriptibilidad procediera en



los términos que la proponemos ¿cuál sería la medida del tiempo al respecto? ¿20 años, 30 años, 70 años, o como en el caso Garzón, alrededor de 80 años? ¿O aún más tiempo?

En opinión de Landa⁴¹⁰, al referirse al caso Villegas Namuche, el tiempo no resulta factor determinante, posición con la cual coincidimos. En la necesidad de profundizar la idea, ¿habría exigibilidad de algún rasgo de la dimensión temporal? Creemos que la jurisprudencia constitucional, inclusive la supranacional, aún debe construir ese extremo o de alguna forma, fijar pautas de orden al respecto, pues si no existe una referencia de temporalidad, acaso en una situación exagerada, podríamos retroceder cientos de años para investigar los crímenes de la Revolución Francesa o de ser el caso, las matanzas de las Cruzadas, tanto de cristianos como de musulmanes, ideas estas últimas que de alguna forma resultan apagógicas o contradictorias pero que solo apuntan, muy de entrada, a poner de manifiesto que sobre este extremo, la jurisprudencia constitucional nacional y supranacional no han logrado construir elementos de referencia orientativos.

Por otra parte, es muy complejo inclusive hacerlo pues la exigencia de análisis *ad casum*, es decir, de caso por caso, conlleva que una regla determinada pueda resultar apenas orientativa. Sería muy estricto fijar un límite de 20 años, o acaso de 80 años. Los números resultarían más bien una limitante y no una referencia determinada. Es un conflicto sobre el cual no podemos expresar una idea de fondo y sobre el cual, aún queda por esperar una respuesta de la jurisprudencia constitucional, tanto nacional como supranacional.

III.3. La remoción de obstáculos

El derecho fundamental a la verdad, de la misma manera, exige una tarea complementaria de carácter procedimental: la remoción de obstáculos. Esta premisa parte del caso La Cantuta vs Perú, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 29 de noviembre de 2006, párrafo 226, la cual plantea la exigencia a los Estados de *“remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes.”*

⁴¹⁰ STC 03173-2008-PHC/TC caso Teodorico Bernabé Montoya. Voto singular César Landa Arroyo *“En cuanto a la dimensión individual del derecho a la verdad, el Tribunal Constitucional ha precisado que sus titulares son las víctimas de las violaciones a los derechos humanos, sus familias y sus allegados, siendo de carácter imprescriptible el conocimiento de las circunstancias en que se cometieron estas violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza. Para el Tribunal, “las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre (otros aspectos)” (énfasis agregado)*

Ahora bien ¿qué implica “remover obstáculos”? En nuestra opinión, existe una relación causa- efecto entre imprescriptibilidad y remoción de obstáculos, resultando aquella el elemento material habilitante para que puedan generarse acciones procedimentales propias, tendientes bien sea a continuar una investigación, no sobreseer un proceso penal abierto, o ampliar los plazos de investigación, entre diversas opciones que a su turno no deben concluir en el cierre de los procesos abiertos ante los órganos fiscales persecutores del delito, o en su caso, que los jueces no acepten excepciones de prescripción deducidas por los procesados en este tipo de crímenes.

Es perfectamente viable, entonces, determinar cómo contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la verdad que los crímenes de lesa humanidad resulten imprescriptibles⁴¹¹, concepto al cual es plenamente válido aportar los fundamentos de la fórmula Radbruch⁴¹², respecto al conflicto entre la justicia y el derecho positivo extremadamente injusto, es decir, si fuese declarada la prescripción de una causa relativa a crímenes de lesa humanidad, asumiríamos la consumación de un derecho extremadamente injusto y como tal, aquel no debe prevalecer, en tanto debe imponerse la justicia de los derechos humanos y la persecución de los crímenes de lesa humanidad.

La fórmula Radbruch constituye, de igual forma, un medio de refuerzo de la interpretación constitucional correctora y la exigible extensión de los significados a favor de derechos prevalentes. Frente al derecho extremadamente injusto, el principio de legalidad no logra brindar una respuesta satisfactoria y, por tanto, exige acción de los jueces constitucionales.

III.4. La Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad

Este instrumento fue suscrito por el Perú con fecha 09 de noviembre de 2003 y el Decreto Legislativo 1097⁴¹³ perfeccionó su contenido⁴¹⁴, señalando que desde la fecha de

⁴¹¹ STC 024-2010-PI/TC. Op. Cit., p. 61.

⁴¹² Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. (2008). “El juez constitucional en el siglo XXI”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 10. Julio- diciembre, 2008. p. 260. La fórmula Radbruch también fue aplicada por el Tribunal Federal alemán a propósito de los casos de los guardianes del Muro de Berlín, quienes dispararon a quienes quisieron cruzar el muro, alegando en su favor los guardias haber obedecido solo órdenes superiores. La fórmula Radbruch permitió inferir que era injusto este argumento y que correspondían los juzgamientos por crímenes.

⁴¹³ La STC 024-2010-PI/TC impugna los efectos del Decreto Legislativo 1097 al establecer esta norma el sobreseimiento de procesos sobre violaciones a los derechos humanos por exceso en los plazos de la instrucción o la investigación preparatoria.

⁴¹⁴ DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

“Primera.- Para efectos procesales, precisase que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los



su suscripción correspondían los efectos de la vigencia de la Convención. Sin embargo, aquí es importante determinar un efecto que es precisamente el sentido resolutivo⁴¹⁵ de la sentencia sobre el Decreto Legislativo N° 1097: las investigaciones sobre crímenes de lesa humanidad no pueden ser objeto de sobreseimiento por contravenir el derecho fundamental a la verdad.

Sobre este aspecto es importante volver a una de nuestras premisas iniciales: si no existe tipificación del delito, en este caso, del crimen de lesa humanidad ¿cómo podría producirse el juzgamiento del procesado respecto de una acción determinada que al momento de ser cometida no constituía delito ni había sido tipificada, para efectos de nuestro estudio, como crimen de lesa humanidad? Para efectos constitucionales, corresponde desvincular los efectos de la tipificación posterior respecto de la acción cometida.

Nos explicamos: si bien Perú debería considerar la tipificación de los crímenes de lesa humanidad a partir de la suscripción de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, es decir, 09 de noviembre del 2003, la prevalencia del derecho a la verdad, genera como consecuencia procesal que sea necesario el esclarecimiento de un delito por crimen de lesa humanidad, ocurrido inclusive con anterioridad a la entrada en vigencia de la Convención.

Esto parece resultar una contradicción si nos ceñimos a las pautas interpretativas de una lectura literal del caso en comento, en la medida que si la norma a que aludimos resulta clara y textual en cuanto señala, ya no sería exigible consideración posterior alguna.

Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por Resolución Legislativa N° 27998, surte efectos y rige para el Perú a partir del 09 de noviembre de 2003, conforme a la declaración realizada por el Perú al momento de adherirse a la citada Convención, al Fundamento N° 15 de la Resolución del Tribunal Constitucional del 23 de marzo de 2010 recaída en el Expediente N° 00018-2009-PI/TC, y a la declaración expresa contenida en la indicada Resolución Legislativa".

⁴¹⁵ STC 024-2010-PI/TC. Op.Cit. Decisorio

"1. Declarar FUNDADA, en parte, la demanda de inconstitucionalidad, y, en consecuencia, inconstitucionales las siguientes disposiciones del Decreto Legislativo N° 1097:

- a) Artículo 3.2, literal a)
- b) La frase "que en el caso del personal militar y policial será el instituto armado o policial al que pertenece" del artículo 3.2, literal b)
- c) Artículo 3.4
- d) Artículo 4.2
- e) Artículo 6.2
- f) Artículo 6.3
- g) Artículo 6.4
- h) Primera Disposición Complementaria Final
- i) Segunda Disposición Complementaria Final
- j) Tercera Disposición Complementaria Final".

Sin embargo, precisamente la discusión sobre derechos fundamentales y de los derechos humanos, asume una dimensión distinta en tanto que la interpretación literal deviene notoriamente insuficiente para explicar el contexto de la relación entre derecho fundamental a la verdad y los crímenes de lesa humanidad.

Sostenemos el aserto anterior en tanto para el caso que nos ocupa, el sentido prescriptivo de la norma jurídica- el Decreto Legislativo N° 1097- al resultar incompatible con el derecho fundamental a la verdad, genera una necesidad de inaplicación de la norma precisamente por contravenir no solo el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la verdad, sino por cuanto va en contra de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos efectos resultan vinculantes para el Perú.

Ese contexto de vinculatoriedad, cuando se trate de valorar normas de amnistía, de cierre de investigaciones, o cual sea la forma que asuman, torna plenamente exigible que las decisiones jurídicas, propiamente los fallos de los jueces, no solo trabajen estáticamente las perspectivas de vigencia de la norma como tal, sino que se ocupan de un control dinámico de ella, en cuanto verifiquen la validez de la norma con los principios, valores y directrices que nuestra Carta Fundamental enuncia.

En efecto, la jurisprudencia constitucional desarrollada a partir de la Ley de Leyes, permite el reconocimiento de un derecho vulnerado, sea este expreso o no numerado. Si una acción ilícita vinculada a un crimen de lesa humanidad produce un contexto de afectación. Reiteramos que aún si el derecho afectado fuese no numerado, la cláusula de derechos abiertos del artículo 3⁴¹⁶ de la Carta Fundamental impone a los jueces la necesidad de que su interpretación resulte, antes que literal, extensiva o correctora en cuanto los derechos humanos representan una plataforma distinta de interpretación de los derechos de las personas, convirtiendo a los jueces constitucionales en guardianes de la Constitución y no en señores de la misma⁴¹⁷. Por tanto, es su deber proteger los derechos fundamentales que la Carta enuncia y no advertirse como dueños de las verdades que ella identifica.

⁴¹⁶ Constitución 1993. Artículo 3. Derechos Constitucionales. Númerus Apertus

"La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

⁴¹⁷ En la expresión alemana "*Hütter der Verfassung und nicht Herr der Verfassung*" (Guardián de la Constitución y no señor de la Constitución), En LANDA ARROYO, César. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Prólogo de Pablo Lucas Verdú. Lima, Palestra Editores. p. 20.



IV. LAS NORMAS DE *IUS COGENS*

Las normas de *ius cogens* o normas imperativas de Derecho Internacional representan el segundo aspecto vinculado estrechamente a la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad y sin embargo, su análisis debe pasar por contrastar esa imperatividad con la autonomía de los Estados, a fin de determinar hasta dónde es válida esa invocada autonomía. De otro lado, el *ius cogens*, en nuestra posición, se encuentra igualmente fortalecido por diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto éstas representan una idea de fuerza de su vinculatoriedad.

IV.1. ¿Autonomía de los Estados frente al *ius cogens*?

Como hemos referido *supra*, las normas de *ius cogens* establecen un rango de imperatividad de acatamiento de cierto tipo de normas para todos los Estados sin admitir excepciones en contrario⁴¹⁸, conforme al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En esa vía de razonamiento, los derechos humanos protegidos por los instrumentos internacionales exigen respeto irrestricto por parte de los Estados y las vulneraciones graves a los mismos, exigen medidas de esclarecimiento e investigación.

Sobre el particular correspondería interrogarnos si los Estados podrían eventualmente invocar autonomía respecto de una norma internacional que exige investigación. No olvidemos que los Estados son hoy en día soberanos y fundamentalmente, no son aceptables interferencias, cuales fueran y de donde provinieran, respecto a sus decisiones propias en el marco de las atribuciones que sus leyes internas les asignan.

La premisa anterior es válida en el marco del ordenamiento jurídico interno. Convenimos en que, efectivamente, resulta lesivo a la autonomía de un Estado que terceros pudieran intervenir en el ámbito de las decisiones internas de los Estados. Y sin embargo, esta acotada autonomía se torna relativa si nos encontramos frente a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y si sobre las consideraciones de estas graves afectaciones, se producen contravenciones a las normas del Derecho Internacional sobre Derechos Humanos que exigen un respeto irrestricto de los bienes jurídicos tutelados

⁴¹⁸ Convención de Viena. Derecho de los Tratados. Artículo 53.

"53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("ius cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

precisamente por la normativa y jurisprudencia supranacionales respecto de crímenes de lesa humanidad.

En efecto, la autonomía del Estado infractor desaparece y la invocación de su Derecho interno para evadir el cumplimiento de normas internacionales deviene ineficaz⁴¹⁹ en la medida que el respeto por los derechos humanos representa una norma de *ius cogens* frente a la cual los Estados no pueden sustraerse, y más aún, si de por medio, nos encontramos frente a las afectaciones sustantivas que involucran los crímenes de lesa humanidad, los cuales representan un grado superlativo de menoscabo de bienes jurídicos como la vida, la integridad personal, la libertad individual y la igualdad, entre otros derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, esa autonomía de los Estados deberá satisfacer necesariamente un examen de compatibilidad con los derechos tutelados y protegidos por las normas de *ius cogens*, resultando ineficaz todo tipo de incumplimiento cuya sustentación obedezca a normas de derecho interno.

El Tribunal Constitucional del Perú brinda una definición⁴²⁰ de normas de *ius cogens* que fija dos características sustantivas: a) son oponibles más allá de las voluntades expresas, es decir, prevalecen sobre éstas en tanto representan un nivel de vinculación que trasciende las meras voluntades de las personas; y b) Configuran una derogabilidad solo por normas de la misma categoría. En otros términos, solo una norma de *ius cogens* podría derogar otra norma de *ius cogens*, resultando otros medios de suyo ineficaces para la derogación de una norma primaria. Bajo esta premisa, un Estado no podría invocar la costumbre, ni el derecho interno así como tampoco acuerdos bilaterales con otro Estado, a fin de evitar el cumplimiento de las normas de *ius cogens*, en tanto que solo de un consenso global emergería una cuestión de imperatividad de una nueva norma de *ius cogens*.

⁴¹⁹ Convención de Viena. Derecho de los Tratados. Artículo 27

"El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

⁴²⁰ Ver STC N° 024-2010-PI/TC. Op.cit.

"53. (...) Las normas de *ius cogens* parecen pues encontrarse referidas a normas internacionales consuetudinarias que bajo el auspicio de una opinio iuris seu necessitatis —esto es, el factor espiritual o psicológico que liga con un comportamiento que se asume debido u obligatorio internacionalmente— y de la extraordinaria importancia de los valores que subyacen a tal obligación, son oponibles más allá de las voluntades expresas y sólo son derogables por normas futuras de la misma categoría".



IV.2. El *ius cogens* y la jurisprudencia interamericana de derechos humanos

Una cuestión que no puede quedar sin definir es la siguiente: si el *ius cogens* tiende a referirse a normas imperativas de derecho internacional, frente a las cuales no cabe excusas por parte de los Estados, ¿cuál sería el rol de la jurisprudencia de derechos humanos en ese contexto, y cuál sería el rol a asignar al *ius cogens* respecto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad?

Cançado Trindade nos brinda una respuesta de importante aproximación al respecto, en cuanto estima que el *ius cogens* se extiende más allá⁴²¹ del derecho de los tratados, de lo cual asumimos una inferencia implícita al valor relevante de la jurisprudencia del sistema interamericano, la cual ha sido copiosa a través de sus fallos en el establecimiento de cláusulas de observancia respecto al *ius cogens*, es decir de plena vinculatoriedad de sus contenidos en materia de crímenes de lesa humanidad, así como en el reforzamiento del concepto sustantivo de impedir todos los obstáculos legales tendientes al no esclarecimiento de estos crímenes.

En consecuencia, las decisiones de la Corte representan una fuente de *ius cogens* respecto a la cual los Estados no pueden invocar desconocimiento de sus contenidos y menos aún, colisión de la jurisprudencia del sistema interamericano con su derecho interno. En tales casos, prevalecerá inobjetablemente la jurisprudencia supranacional.

A propósito, es pertinente cuestionarnos si siempre ha de prevalecer la jurisprudencia supranacional frente al derecho interno y consideramos que la regla regular es una respuesta positiva frente a tales supuestos. Sin perjuicio de ello, sí existe un supuesto de excepción y es de carácter extraordinario: el derecho interno podrá prevalecer frente al derecho supranacional solo si, dado el caso concreto, llegara a proteger de mejor forma un derecho tutelado por la Convención Interamericana de Derechos Humanos,

⁴²¹ CANÇADO TRINDADE, A. *La ampliación del contenido material del ius cogens*. Organización de Estados Americanos (OEA). Señala el ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "el *ius cogens* internacional va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el corpus juris del Derecho Internacional contemporáneo, y abarcando, en última instancia, a todo acto jurídico. Al abarcar todo el Derecho Internacional, se proyecta también sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él. El *ius cogens* tiene incidencia directa en los propios fundamentos de un Derecho Internacional universal, y es un pilar básico del nuevo *jus gentium*". Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/XXXV_curso_La_ampliacion_del_contenido_material_del_jus_cogens_Antonio_A_Canado_Trindade.pdf Fuente visitada con fecha 05 de agosto de 2011.

es decir, si aquel llega a proteger de mejor forma un derecho en comparación al derecho supranacional.

De retorno a la idea principal, entonces, debemos asumir como cuestión definida que el *ius cogens* se extiende en su contenido de vinculatoriedad a la jurisprudencia del sistema interamericano y respecto de esta última, es importante pasar revista a algunos de los fallos más representativos en referencia a nuestro tema principal.

El caso *Barrios Altos vs. Perú*⁴²², emblemático para la jurisprudencia interamericana en el tema que nos ocupa, señala:

"... son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"

La pauta es muy puntual: las leyes, en sus diversas manifestaciones, no pueden imponerse a los contenidos y valores que expresan los derechos humanos, fase superlativa de los derechos fundamentales, y entre ellas y los derechos que reconocen los instrumentos internacionales, la prevalencia de estos últimos es manifiesta. Con esta afirmación no se vulnera en forma alguna la autonomía de los Estados, a los cuales les es exigible adecuar su derecho interno a los estándares del sistema interamericano.

El caso *Albán Cornejo vs Ecuador*⁴²³, relativo a la muerte de Laura Susana Albán Cornejo por negligencia médica y que señala se afectaron los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de los padres de la occisa, así como el derecho de ellos y de su hija a la integridad personal, precisa: *"... la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del derecho internacional"*

La prescripción resulta pues incompatible con graves violaciones a los derechos humanos y la obligación de los Estados se trasunta en investigar, declarando inaplicables,

⁴²² Caso *Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75, párr. 41.

⁴²³ Caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Sentencia del 22 de noviembre de 2007, Serie C N° 171, párr. 111.



a través de sus jueces, los pedidos de prescripción. A este efecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha de prevalecer sobre las normas de prescripción que pretendan aplicar los Estados.

En el caso *Durand y Ugarte vs. Perú*⁴²⁴, en relación a los asesinatos ocurridos en la Isla del Frontón en el año 1986, se ordenó al Estado peruano:

“hacer todo el esfuerzo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares, así como para investigar los hechos y procesar y sancionar a los responsables, (...) existen razones suficientes para considerar que los hechos sobre los que versa la denuncia fiscal planteada contra el demandante, constituyen una grave violación de los derechos humanos y que, en esa medida, resultan penalmente imprescriptibles.”

La línea de imprescriptibilidad es reiterativa en cuanto a no constituir un impedimento en forma alguna para la remoción de obstáculos, y esta última obligación conlleva vencer dificultades formales y materiales para el juzgamiento de conductas que han vulnerado la vida y otros derechos a través de crímenes de lesa humanidad.

El caso *Almonacid Arellano vs. Chile*⁴²⁵, relativo a la muerte extrajudicial de un ciudadano chileno frente a sus propios familiares, en septiembre de 1973, refiere:

“la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad.”

La referencia es contextualmente importante pues los crímenes de lesa humanidad no exigen como agravios a un colectivo de personas. Bastará, conforme a la definición propia de la figura, que se produzca un crimen individual que reúna estas características para que proceda ese tipo de tipificación.

⁴²⁴ Caso *Durand y Ugarte*. Sentencia del 16 de agosto del 2000, Serie C N.º 68, párrs. 68, 70 y 71.

⁴²⁵ Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, del 26 de septiembre del 2006, fundamento 96.

El caso penal *Castro Castro vs. Perú*, vinculado a la masacre de 42 presos por terrorismo en un penal del país, señala⁴²⁶:

“En cuanto a la ocurrencia de los hechos bajo un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, ya ha sido establecido que los hechos del presente caso ocurrieron dentro de un contexto de conflicto interno y de graves violaciones a los derechos humanos en el Perú, que el ataque a los internos que se encontraban en los pabellones 1A y 4B del Penal Miguel Castro Castro constituyó una masacre, y que dicho “operativo” y el trato posterior otorgado a los internos tenían el fin de atentar contra la vida e integridad de dichos internos, quienes eran personas acusadas o sentenciadas por los delitos de terrorismo y traición a la patria. Asimismo, el Tribunal hace notar que dichas personas se encontraban reclusas en un centro penal bajo el control del Estado, siendo este de forma directa el garante de sus derechos. Por lo tanto, la Corte encuentra que hay evidencia para sostener que las muertes y torturas cometidas contra las víctimas de este caso por agentes estatales, por las razones referidas en párrafos precedentes constituyen crímenes de lesa humanidad. La prohibición de cometer estos crímenes es una norma de ius cogens, y, por tanto, el Estado tiene el deber de no dejar impunes estos delitos y para ello debe utilizar los medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad”.

El terrorismo genera reacciones encontradas en el Perú. Ello constituye una premisa inobjetable y sin embargo, resulta incompatible con los derechos humanos y con las normas de ius cogens el exterminio de presos rendidos. Los agentes del Estado actuaron con exabruptos y corresponde a los órganos jurisdiccionales sancionar ese tipo de conductas.

A juicio nuestro, estos pronunciamientos además de su fuerza vinculante, expresan un activismo prudente de los jueces a favor de los derechos humanos, aplicando dimensiones tutelares de la interpretación. La suma de esas decisiones es el conjunto de elementos vinculantes respecto a la protección de los diversos derechos, entre ellos la vida como bien jurídico principal.

⁴²⁶ Caso Penal *Castro Castro vs. Perú*, del 25 de noviembre del 2006, fundamentos 402, 403 y 404.



V. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, LABOR DE LOS JUECES PERUANOS Y DE LA SOCIEDAD CIVIL

Los jueces del Poder Judicial en el Perú no se han mantenido al margen de los criterios imperativos que informa la protección de los derechos humanos y si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así como la emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido más conocida en el ámbito de la justicia constitucional del país, no podemos negar el valor precursor de la defensa de los derechos de las personas por parte de los juzgadores peruanos.

De la misma forma, la labor de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación ha resultado sumamente meritoria en tanto ha sentado las bases para el conocimiento de un pasado muy doloroso respecto de la historia reciente peruana a raíz del fenómeno terrorista.

V.1. Sentencia contra la Ley N° 26479, Ley de Amnistía

Precisamente el fallo de la jueza Antonia Saquicury, a propósito de la Ley de Amnistía N° 26479, en su momento representó una decisión de suma relevancia por cuanto significó una decisión de autonomía e independencia judicial frente a la norma- Ley N° 26479⁴²⁷- que en el año 1995 disponía el cierre de los juicios vinculados a violación de derechos humanos. El contenido es de un amplio significado constitucional al preferirse la aplicación de la Carta Fundamental antes que una Ley contraria a la Constitución.

Corresponde hacer justicia también en cuanto a este fallo al dictamen previo del Ministerio Público, el cual opina por la inaplicación de la norma. Propiamente la Fiscal del caso, Ana Cecilia Magallanes Cortez, sentó las bases del fallo judicial cuya notoriedad ha trascendido nuestras fronteras.

La parte relevante del juicio jurídico de la sentencia es la siguiente:

“Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, su integridad moral, psíquica y física y a su desarrollo y bienestar (...)nuestro texto constitucional garantiza (...)”

⁴²⁷ Ley N° 26479 del 14 de junio de 1995.

“Artículo 1.- Concédase amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde Mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley”.

el reconocimiento, entre otros, a los principios y al sitio que le corresponde dentro de la estructura del Estado; es en consecuencia fin y no medio; en tal sentido, el Estado está en la obligación de asegurarle jurídicamente el pleno y libre ejercicio de los derechos que le asisten por su propia naturaleza y que la misma Constitución le reconoce; tanto más que al respecto ha suscrito la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos (...) y (...) se interpretan de conformidad con la citada Declaración Universal de Derechos Humanos (...); Que, atendiendo a la aplicación de la Ley veintiséis mil cuatrocientos setentinueve (...) ésta resulta incompatible con las Normas Constitucionales y Tratados Internacionales ya citados, toda vez que conforme al artículo primero punto uno de la Convención Americana se establece que los Estados parte, – entre ellos el Perú – tiene la obligación de investigar las violaciones de los Derechos Humanos y de castigar a los responsables; principios y normas de las cuales el Estado Peruano no se encuentra aislado y que se contravienen con el citado dispositivo legal, al desconocer derechos que el propio texto constitucional consagra como el citado, la Persona Humana, es además violatorio del inciso tercero del artículo ciento treintinueve de nuestra Carta Política, que consagra como garantía de la Función Jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, garantía que protege a todos los sujetos de la relación procesal, Garantía Constitucional que se encuentra plasmada en los artículos octavo, inciso primero, y artículo veinticinco inciso primero de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagra la garantía judicial y la protección judicial de que goza toda persona; en consecuencia, el dispositivo legal mencionado al suprimir la protección jurídica de estos Derechos Fundamentales viola las normas constitucionales ya glosadas; Que, en tal sentido, estando a que la función Jurisdiccional se ejerce con arreglo a la Constitución y a las leyes como reza el artículo ciento treintiocho de la Constitución que en caso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los Jueces preferirán la primera, se anota en el segundo párrafo de dicho numeral, encontrándose en su función solo sujeta a la Constitución y a la Ley como contempla el artículo ciento cuarentiséis inciso primero del mismo cuerpo de leyes(...)

La referencia a los instrumentos internacionales es una constante en este fallo y tal argumentación legítima el efecto de vinculatoriedad de los principios del sistema supranacional de derechos humanos.

La jueza Saquicury fue objeto, tras expedir este fallo, de un proceso disciplinario pero eso es solo un dato anecdótico. La historia demostró que la defensa irrestricta de los derechos fundamentales no puede admitir obstáculos y que los derechos fundamentales representan exigencias que trascienden las formas legales.



V.2. La Comisión de la Verdad y la Reconciliación

La formación de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación⁴²⁸ representa una de las experiencias más fructíferas en materia de derechos humanos en el Perú, en razón de que el tema de las graves violaciones a los derechos humanos en nuestro país parecía representar un aspecto sobre el cual había una voluntad inicial, ya llegada la democracia, de voltear la página de la historia, dada la difícil situación que el Perú había vivido entre los años 1980 y 2000.

De otro lado, el sentimiento colectivo hacia una necesidad de saber qué ocurrió en el Perú en esos trágicos años en el respeto de los derechos de las personas, condujo a la formación de un equipo de trabajo dirigido por Salomón Lerner Febres, cuyo objetivo central fue conocer, bajo las pautas de la verdad, la justicia y la reconciliación, cuáles fueron las circunstancias que realmente edificaron un estado de cosas que significó la muerte de alrededor de 69,000 peruanos durante los años de fuerza del terrorismo.

Así lo expresa el Prefacio del Informe presentado el 28 de agosto del 2003, el cual señala⁴²⁹ como causas del alto número de muertes de peruanos, el accionar tanto de las fuerzas subversivas así como el rol que les cupo a los agentes del Estado, en medio de un accionar ciego ante el respeto por los derechos humanos, sordo frente a los voces en defensa de la vida y otros derechos elementales de los ciudadanos, y mudo frente a una real valoración de cuanto venía ocurriendo en el país.

Pues precisamente uno de los objetivos que la Comisión expresa, y ello atañe a nuestro tema, era combatir el olvido⁴³⁰ respecto de la justicia. En efecto, una grave contradicción se manifiesta en lo que acabamos de afirmar. De un lado, nuestro país, en el tráfo de la lucha contra el terrorismo, como Estado Democrático y Social de Derecho, aspiraba a

⁴²⁸ La Comisión de la Verdad contó con la participación de los Ministerios de Justicia, Interior, Defensa, Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, la Defensoría del Pueblo, la Conferencia Episcopal Peruana, el Concilio Nacional Evangélico del Perú y la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.

⁴²⁹ Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Prefacio. p. 1
"Se nos pidió investigar y hacer pública la verdad sobre los veinte años de violencia de origen político iniciados en el Perú en 1980. Al cabo de nuestra labor, podemos exponer esa verdad con un dato abrumador y al mismo tiempo insuficiente: la Comisión de la Verdad y Reconciliación ha concluido que la cifra más probable de víctimas fatales en esas dos décadas supera los 69,000 peruanos y peruanas muertos o desaparecidos a manos de las organizaciones subversivas o por obra de agentes del Estado".

⁴³⁰ Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Prefacio. p. 4
"En un país como el nuestro, combatir el olvido es una forma poderosa de hacer justicia. Estamos convencidos de que el rescate de la verdad sobre el pasado—incluso de una verdad tan dura, tan difícil de sobrellevar como la que nos fue encomendado buscar— es una forma de acercarnos más a ese ideal de democracia que los peruanos proclamamos con tanta vehemencia y practicamos con tanta inconstancia".

ser también un Estado Constitucional respetuoso de los derechos fundamentales y así lo manifestaban, con reconocimiento expreso, nuestras dos últimas Cartas Magnas y sin embargo, la realidad de la guerra subversiva, hizo a un lado todos los estamentos de respeto, acatamiento y observancia de los derechos humanos de alrededor de 69,000 peruanos, muchos de ellos asesinados en contextos que perfectamente se subsumían en los tipos de crímenes de lesa humanidad.

La Comisión de la Verdad trabajó algunos conceptos trascendentes y aleccionadores como verdad⁴³¹, justicia⁴³² y reconciliación⁴³³, y fijó de este modo, desde un inicio, su filosofía de trabajo respecto a una dura tarea, pues había de enfrentar un sector de la ciudadanía que prefería no escarbar más sobre asuntos tan complejos como las muertes de peruanos, en su gran mayoría de condición humilde, campesinos, que cayeron entre el fuego de las armas del terrorismo y la reacción, desproporcionada muchas veces, de los agentes del orden.

Más aún, se manejaba extraoficialmente, hasta antes del informe de la Comisión de la Verdad, cifras notoriamente inferiores de muertes de ciudadanos, entre 20,000 y 30,000, sin una base firme de sustentación. Por esa razón, al afirmar la Comisión de la Verdad que la suma de muertes se acercaba a los 69,000 peruanos, una dolorosa verdad se abría paso y sin embargo, a pesar de ser una cruenta cifra, se imponía el deber de conocer la verdad, por más incómoda que ésta fuera.

⁴³¹ Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. p. 14

"5.1. La verdad. La CVR entiende por 'verdad' el relato fidedigno, éticamente articulado, científicamente respaldado, contrastado intersubjetivamente, hilvanado en términos narrativos, afectivamente concernido y perfectible, sobre lo ocurrido en el país en los veinte años considerados por su mandato".

⁴³² Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. p. 16

"5.2. La justicia. La más ostensible 'verdad' que esta investigación ha puesto de manifiesto es que, en el contexto del conflicto, se han cometido en el país flagrantes injusticias. Desde la perspectiva ética que ha articulado el relato, la CVR constata que, en el periodo analizado, y sobre un fondo histórico y secular de injusticias, se han violado principios y derechos fundamentales de las peruanas y de los peruanos: se ha destruido la vida y la dignidad de muchas personas, se ha negado su libertad, se han frustrado muchas de sus aspiraciones y de sus capacidades y, de modo más general, se han deteriorado los principios de convivencia social, llegándose a una situación de violencia y crueldad de proporciones insólitas. Los hechos puestos al descubierto por la investigación constituyen una negación ética de la justicia".

⁴³³ Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. p. 36

"5.3. La reconciliación. La CVR entiende por 'reconciliación' la puesta en marcha de un proceso de restablecimiento y refundación de los vínculos fundamentales entre los peruanos, vínculos voluntariamente destruidos o deteriorados en las últimas décadas por el estallido, en el seno de una sociedad en crisis, de un conflicto violento, iniciado por el PCP Sendero Luminoso. El proceso de la reconciliación es hecho posible, y es hecho necesario, por el descubrimiento de la verdad de lo ocurrido en aquellos años— tanto en lo que respecta al registro de los hechos violentos como a la explicación de las causas que los produjeron— así como por la acción reparadora y sancionadora de la justicia".



Igualmente la Comisión de la Verdad estableció un concepto de derechos humanos⁴³⁴, rescatando un importante carácter de contrapeso frente a la irresponsabilidad de los agentes políticos.

Los fundamentos de esta aseveración de la Comisión de la Verdad nos conducen a la exigencia de no considerar a los derechos humanos solo un asunto de imagen del país ni un instrumento pedagógico simplemente, lleno de conceptos floridos en pro de la vida, sino una verdadera herramienta de acción para recordar a los Estados, a sus agentes y a los ciudadanos, la innegable calidad de imperativo moral de estos derechos, los cuales, bajo el principio de progresividad, se van configurando en los Estados exigiendo un no retroceso de los mismos, en tanto llegan para instalarse y no para ser retirados de las Cartas Fundamentales, de los bloques de constitucionalidad ni de la memoria diaria de los ciudadanos.

A su turno la Comisión formuló importantes recomendaciones principales⁴³⁵ así como un conjunto de recomendaciones complementarias.⁴³⁶ Pregunta obligada de estas

recomendaciones es cuestionar cuánto de ello se ha cumplido y creemos que la respuesta alude a un cumplimiento parcial de estas sugerencias en su momento formuladas.

Los programas de reparaciones, como realización de estas Recomendaciones, aún se encuentran en proceso de implementación⁴³⁷. La capacitación en materia de derechos humanos a jueces y fiscales ha dado algunos pasos de importancia en cuanto a la Academia de la Magistratura, entidad encargada de capacitar a los magistrados. Los Programas de Capacitación para el Ascenso, de Formación de Aspirantes y de Actualización y Perfeccionamiento vienen aludiendo con insistencia al desarrollo de módulos vinculados a los derechos humanos en todos sus niveles y eso constituye una estrategia que debe ser permanente.

VI. CONCLUSIONES

1. El desarrollo de la presente investigación nos ha permitido realizar un estudio jurisprudencial sobre un tema de suma actualidad para los jueces constitucionales: la relevancia de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y los fundamentos constitucionales y de derechos humanos que sostienen su contexto material, entre los cuales podemos señalar los siguientes.
2. Los crímenes de lesa humanidad son definidos, a nivel liminar, por el Estatuto del Tribunal de Nürenberg, constituido una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, y por el artículo 7 del Estatuto de Roma, definiciones que son de utilidad para entender los caracteres materiales que integran este tipo de delitos, entre los cuales cabe reseñar los siguientes: asesinato, exterminio, esclavitud; deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos; desaparición forzada de personas; y el crimen de *apartheid*.
3. En primer orden, existe una situación de incompatibilidad entre el principio de legalidad penal y la institución propia de imprescriptibilidad de los crímenes de

⁴³⁷ El Grupo de Trabajo sobre Reparaciones (GTR) reúne a entidades de la sociedad civil y su objetivo es el desarrollo del Plan Integral de Reparaciones propuesto por la Comisión de la Verdad.



⁴³⁴ Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. p. 42

"La doctrina de los derechos humanos es un imperativo moral que se ha ido transformando en acervo cultural de la humanidad, y ha tomado la forma de una obligación legal consagrada en un amplio cuerpo convencional y en la costumbre de los organismos jurisdiccionales nacionales e internacionales. El respeto a los derechos humanos no es un asunto de imagen nacional, de buenas intenciones o un mero instrumento pedagógico: es un poderoso contrapeso al ejercicio irresponsable de la razón estratégica por parte de los agentes políticos".

⁴³⁵ Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. p. 22.

"Recomendaciones:

C.8. Iniciar un sostenido programa de capacitación a jueces, fiscales y abogados en Derechos Humanos, Derecho Humanitario y cultura democrática

Iniciar un sostenido programa de capacitación a jueces, fiscales y abogados en aspectos vinculados al derecho de los derechos humanos, al Derecho Humanitario y a la cultura democrática. El Consejo Nacional de la Magistratura deberá considerar criterios vinculados a la protección de los derechos humanos al momento de la selección y nombramiento de magistrados, así como su ratificación. La Academia de la Magistratura, los Colegios de Abogados, las Facultades de Derecho, las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y las agencias de cooperación internacional deberán participar en este programa.

C.9. En el Ministerio Público es indispensable crear una especialidad en la investigación de los problemas de derechos humanos

C.10. Ejercicio permanente de la capacidad de control difuso de los jueces en conexión con regímenes de excepción".

⁴³⁶ Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. p. 3

"Recomendaciones adicionales:

f. Exhortar a los poderes del Estado a no utilizar discrecionalmente amnistías, indultos u otras gracias presidenciales, sino dentro del estricto marco establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional ha sido y es contraria a todo tipo de perdón legal por medio del cual se subordine la búsqueda de la verdad y la satisfacción de la justicia a razones de Estado. La reconciliación, como la entendemos y presentamos en este informe, supone descartar la intervención externa en lo que debe ser labor estrictamente jurisdiccional".



lesa humanidad, colisión de la cual no podemos inferir una minusvaloración de la norma sino la prevalencia de la imprescriptibilidad por consagrar valores materiales ceñidos a principios, valores y directrices de la Carta Fundamental así como a fallos de valor expresados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que a juicio nuestro constituye un redimensionamiento de la interpretación constitucional extensiva.

4. Los bienes jurídicos afectados por los crímenes de lesa humanidad son la vida, la integridad personal, la libertad individual y el derecho de igualdad. Y sin embargo, esta lista no debe considerarse cerrada sino enunciativa en tanto pueden existir otros derechos fundamentales numerados o no enumerados, en tanto ése es el carácter, respecto de estos últimos, de la cláusula abierta de los derechos reconocidos por el artículo 3 de la Norma de Normas, el cual permite la determinación de otros derechos tutelados.
5. La tipificación de los crímenes de lesa humanidad es una tarea que le compete a los jueces de la jurisdicción ordinaria penal, quienes resultan los primeros defensores de los derechos fundamentales. A falta de esta defensa y solo en forma excepcional, puede el juez constitucional declarar la imprescriptibilidad de un crimen de lesa humanidad en la medida que proteja y tutele un derecho fundamental.
6. Constituyen fundamentos de la imprescriptibilidad dos conceptos materiales sustantivos: el derecho fundamental a la verdad y las normas de *ius cogens*.
7. El derecho fundamental a la verdad goza de un reconocimiento jurisprudencial constitucional en sede nacional así como resulta un derecho tutelado ampliamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su infracción, tratándose de un crimen de lesa humanidad, excluye el transcurso del tiempo como causal de prescripción. Además, conlleva la remoción de obstáculos, premisa procedimental que informa la necesidad de dejar sin efecto medidas procesales tendientes a impedir la investigación de crímenes de lesa humanidad.
8. La Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, si bien entró en vigencia para el Perú a partir del 09 de noviembre del 2003, no resulta un instrumento de limitación para investigar crímenes de lesa humanidad inclusive ocurridos con anterioridad a su vigencia. Esta aseveración solo es posible a partir de un reconocimiento material prevalente de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

9. Las normas de *ius cogens* representan un elemento imperativo para los Estados, concepción frente a la cual no cabe alegar autonomía de los Estados. La jurisprudencia interamericana de derechos humanos, en ese sentido, ha sido reiterada respecto a la observancia del *ius cogens* frente a las figuras de la prescripción.
10. La labor de los jueces peruanos frente a los crímenes de lesa humanidad ha sido combatir esta figura con las herramientas constitucionales pertinentes, sentándose premisas de observancia obligatoria y respeto irrestricto por los derechos humanos, más aún si se trata de crímenes de lesa humanidad. Un fallo por naturaleza emblemático a este respecto es la decisión jurisdiccional de la jueza Antonia Saquicuray frente a la Ley N° 26479, o Ley de Amnistía, respecto a las investigaciones del Grupo Colina, órgano acusado de graves violaciones a los derechos humanos.
11. La Comisión de la Verdad y la Reconciliación representa una experiencia de extraordinario contenido y valor de la sociedad civil a efectos de conocer la verdad de lo ocurrido en el país a raíz del fenómeno terrorista entre los años 1980 y 2000. Las conclusiones de esta Comisión apuntan a responsabilidad tanto de los movimientos terroristas como de agentes del Estado, lo cual condujo a la muerte de 69,000 peruanos. Su trabajo constituye una exhortación para que esas aciagas experiencias no queden en el olvido de los tiempos y se conozca su verdad, así como para que jamás se repitan, bajo ningún tipo de contexto.



VII. BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS

ALEX. Robert. (2004). *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

INFORME DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN NACIONAL.

LANDA ARROYO, César. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Prólogo de Pablo Lucas Verdú. Lima, Palestra Editores.

MEDINA GUERRERO, Luis. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid, McGraw-Hill.

ZAGREBELSKY, Gustavo. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*. Madrid, Editorial Trotta.

ZAGREBELSKY, Gustavo. (2008). "El juez constitucional en el siglo XXI". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 10. Julio- diciembre, 2008.

B. INTERNET

CANÇADO TRINDADE, A. *La ampliación del contenido material del ius cogens* Organización de Estados Americanos (OEA). En: http://www.oas.org/dil/esp/XXXV_curso_La_ampliacion_del_contenido_material_del_ius_cogens_Antonio_A_Canado_Trindade.pdf, consultada con fecha 05 de agosto del 2011.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

STC N° 00728-2008-PHC/TC. Caso Giuliana Llamoca.

STC N° 024-2010-PI/TC. Caso Decreto Legislativo N° 1097.

STC N° 03173-2008-PHC/TC. Caso Teodorico Bernabé Montoya.

STC N° 05350-2009-PHC/TC. Caso Salazar Monroe.

STC N° 0575-2006-PA/TC. Caso Fernando Salmón.

STC N° 2488-2002HC-TC. Caso Genaro Villegas Namuche

STC N° 3509-2009-PHC/TC. Caso Chacón Málaga.

STC N° 895-2001-AA/TC. Caso Rosado Adanaqué.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Sentencia del 22 de noviembre de 2007, Serie, C N° 171.

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre del 2006.

Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, N° 75.

Caso Castillo Páez vs. Perú. Sentencia de fecha 03 de noviembre de 1997.

Caso Durand y Ugarte. Sentencia del 16 de agosto del 2000, Serie C, N° 68.

Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia de fecha 29 de enero de 1997.

Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Sentencia de fecha 03 de abril del 2009.

Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 29 de noviembre de 2006.

Caso Motta. Sentencia de fecha 19 de febrero de 1991, Tribunal Europeo de DD.HH.

Caso Penal Castro Castro vs. Perú. Sentencia del 25 de noviembre del 2006.

Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de fecha 12 de noviembre de 1997.

Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de fecha 27 de noviembre del 2008.

Caso Vernillo. Sentencia de fecha 20 de febrero de 1991, TEDH.

Convención de Viena. Derecho de los Tratados.

The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu, Caso N° ICTR-96-4-T, Sentencia del 02 de septiembre de 1998.

Unión Alimentaria Sanders SA. Sentencia de fecha 07 de julio de 1989.

NORMAS LEGALES PERUANAS

Constitución de 1993.

Código Procesal Constitucional.

Ley N° 26479 del 14 de junio de 1995.



Este libro se terminó de imprimir en los
talleres gráficos de RAPIMAGEN S.A. sito
en Jr. Callao 465 Of. 201 Cercado de Lima,
en el mes de diciembre de 2011

